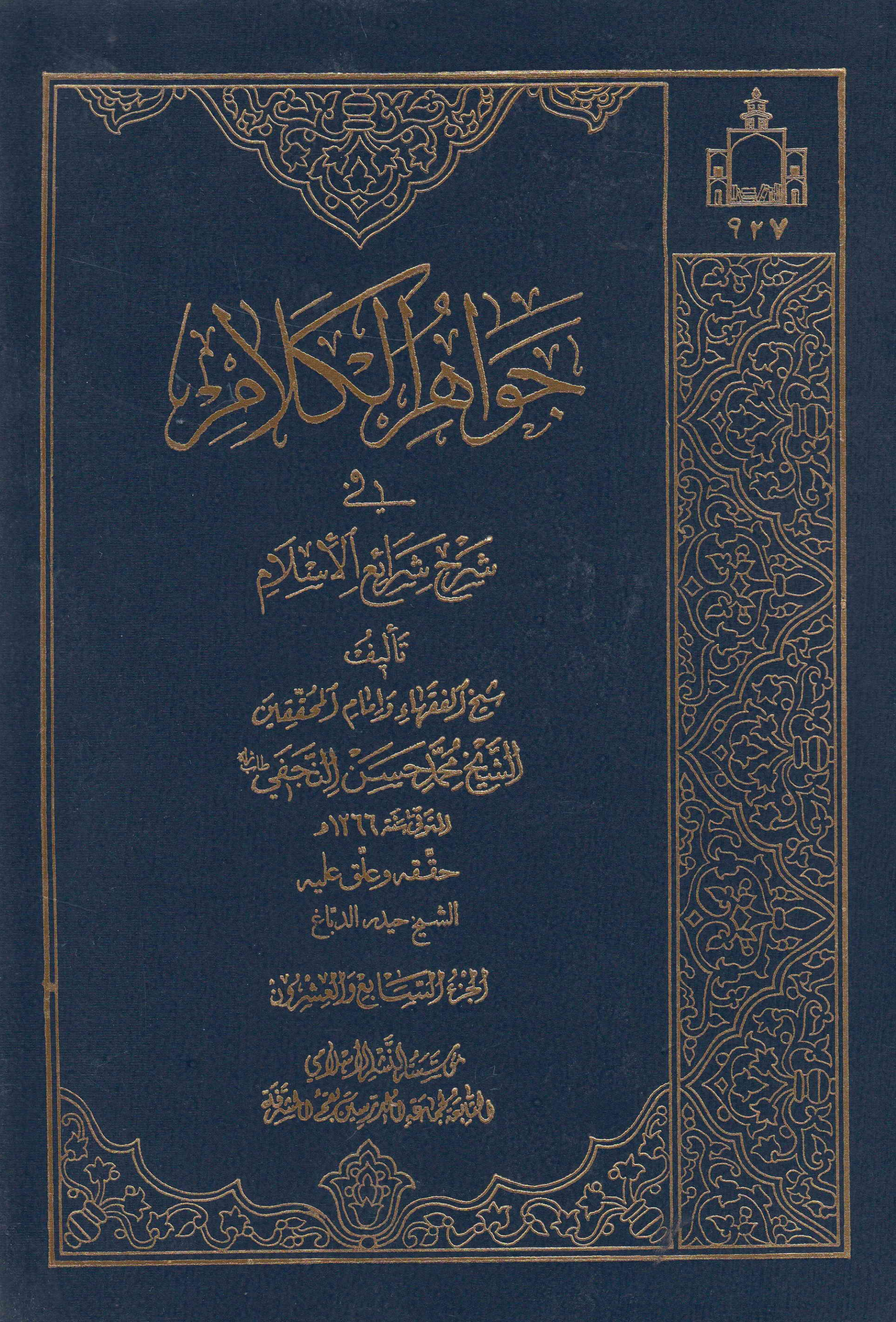
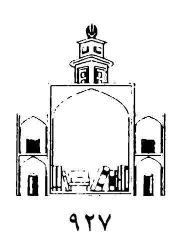

٩٢٧
جواهر الكلام
في
شرح شرائع الإسلام
تأليف
شيخ الفقهاء وإمام المحققين
الشيخ محمد حسن النجفي طاب ثراه
المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ
حققه وعلق عليه
الشيخ حيدر الدباغ
الجزء السابع والعشرون
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



٩٢٧

جواهر الكلام

في

شرح شرائع الإسلام

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين

الشيخ محمد حسن النجفي

المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ

حققه وعلق عليه

الشيخ حيدر الدباغ

الجزء السابع والعشرون

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

كتاب

الحجر

سرشناسه: صاحب جواهر، محمّد حسن بن باقر، ۱۲۰۰؟ ـ ۱۲٦٦ ق. شارح.
عنوان قراردادی: شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام. شرح.
عنوان و نام پديدآور: جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام [محقّق حلی] / تأليف محمّدحسن النجفي؛ تحقيق مؤسّسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة.
مشخّصات نشر: قم: جماعة المدرّسين الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي، ۱٤۱۷ ق. = ۱۳۷۵.
مشخّصات ظاهری: ۸۰۰ ص.
فروست: جماعة المدرّسين في الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي؛ ۹۲۷.
شابك: دوره: ۹ ـ ۰۲۷ ـ ٤۷۰ ـ ۹٦٤ ـ ۹۷۸
وضعيت فهرست نويسی: فيپا
يادداشت: عربي تمام مجلّدات.
يادداشت: محقّق در كتاب حاضر حيدر الدباغ می‌باشد.
يادداشت: ج. ۲ (چاپ اوّل: ۱٤۱۷ ق = ۱۳۷۵). يادداشت: ج. ۲۳ (چاپ اول: ۱٤۳۰ ق = ۱۳۸۸) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱٤ (چاپ دوّم: ۱٤۲۸ ق. = ۱۳۸٦). يادداشت: ج. ۲٤و۲٥و۲٦ (چاپ اول: ۱٤۳۱ ق = ۱۳۸۹) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱٥ (چاپ اوّل: ۱۳۸٥). يادداشت: ج. ۲۷ (چاپ اول: ۱۳۹۰) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۷ (چاپ اول: ۱٤۲۸ ق = ۱۳۸٦).
يادداشت: ج. ۱۸ و۱۹ (چاپ اول: ۱٤۲۸ ق = ۱۳۸٦) (فيپا).
يادداشت: كتاب حاضر شرحی بر «شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام» أثر محقّق حلّي است.
يادداشت: كتابنامه.
موضوع: محقّق حلّي، جعفر بن حسن، ٦۰۲ ـ ٦۷٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ـ ـ نقد وتفسير.
موضوع: فقه جعفري ـ ـ قرن ۷ ق .
شناسه افزوده: محقّق حلي، جعفر بن حسن، ٦۰۲ ـ ٦۷٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. شرح.
شناسه افزوده: جامعه مدرّسين حوزه علميه قم. دفتر انتشارات اسلامى
رده‌بندی كنگره: ۱۳۷٥ ٤۰۲۱٦ ش ۳ م / ۱۸۲ BP
رده‌بندی ديويی: ۲۹۷ / ۳٤۲
شماره كتابشناسی ملی: ۱۰٦۹ ـ ۷٦ م

جواهر الكلام
(ج ۲۷)

■ المؤلّف: شيخ الفقهاء والمحقّقين الشيخ محمّد حسن النجفي رحمه الله □
■ الموضوع: الفقه □
■ تحقيق: فضيلة الشيخ حيدر الدبّاغ □
■ طبع و نشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ عدد الصفحات: ۸۰۰ □
■ الطبعة: الأُولى □
■ المطبوع: ٥۰۰ نسخة □
■ التاريخ: ۱٤۳۲ هـ. ق □
■ شابك ج۲۷: ٥ ـ ۰۲۷ ـ ۱٤۳ ـ ٦۰۰ ـ ۹۷۸ □
ISBN 978 - 600 - 143 - 027 - 5

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿كتاب الحجر﴾

﴿الحجر﴾ مثلّثاً[1] ـ لغةً[2] ـ : ﴿هو المنع﴾ والتضييق، ومنه سمّي الحرام حجراً؛ لما فيه من المنع، قال الله تعالى: «ويقولون حِجْراً محجوراً»[3] أي حراماً محرّماً، وسمّي العقل حجراً لأنّه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما تضرّ عاقبته، قال الله تعالى: «هل في ذلك قسم لذي حِجْر»[4].

﴿والمحجور شرعاً هو الممنوع﴾ عند الشرع ﴿من التصرّف في ماله﴾ ولو البعض؛ إذ هو مفرد مضاف لا يدلّ على العموم، وكذا لفظ «التصرّف» ولكن يصلح له إن أُريد به، فيشمل حينئذٍ: المريض الممنوع من بعض ماله، والصبي، والمجنون، والعبد بناءً على ملكه والحجر عليه، كما مال إليه المصنّف سابقاً[5].

---

(١) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٨ (حجر).

(٢) المصدر السابق، الصحاح: ج ٢ ص ٦٢٣ (حجر).

(٣) سورة الفرقان: الآية ٢٢.

(٤) سورة الفجر: الآية ٥.

(٥) في ج ٢٥ ص ٣٤٣...

وحينئذٍ فلا يرد ما قيل من أنّه «إن أراد جميع المال خرج المريض، وإن أراد بعضه خرج الصبي والمجنون. وأنّ العبد لا يملك شيئاً، فلا يدخل في التعريف، فلا معنى لذكر الرقّ من الأسباب، وأنّ أحداً لا يمنع من التصرّف في ماله بالأكل والشرب ونحوهما من الأُمور الاضطراريّة»[١].

إذ قد عرفت أنّه ليس في التعريف ما يدلّ على التعميم والتخصيص، بل من صدق عليه المنع في ماله ـ على أيّ وجهٍ كان ـ فهو محجور عليه. ودخول العبد مبني على ما ذهب إليه المصنّف، كما عرفت.

نعم، في المسالك: «ربّما ينتقض في طرده بالممنوع من التصرّف فيه لغصب ونحوه، فإنّه لا يسمّى محجوراً عليه شرعاً، فلو أضاف إليه ↑ ج ٢٦ / ٣
ما يدلّ على المنع الشرعي كان حسناً»[٢].

وفيه: ـ بعد سهولة الأمر في نحو هذه التعريفات كما أوضحناه غير مرّة[٣]؛ ولذا تجوّز وعرّف الفلس بهذا التعريف[٤] مع أنّه أخصّ من الحجر ـ وضوح إرادة المنع الشرعي من «الممنوع» فيه، والأمر سهل.

﴿و﴾ كيف كان، فتمام ﴿النظر في هذا الباب يستدعي فصلين﴾:

---

(١) التنقيح الرائع: كتاب الحجر ج ٢ ص ١٧٨ ـ ١٧٩ (بتصرّف).
(٢) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٠.
(٣) ينظر ج ١٧ ص ١٣ وج ١٨ ص ١٦ وج ٢٣ ص ٣٣٤.
(٤) ينظر ج ٢٦ ص ٥٤١.

[الفصل] ﴿الأوّل﴾

﴿في موجباته﴾

﴿وهي﴾ كثيرة متفرّقة في تضاعيف الأبواب ؛ كالرهن والبيع والمكاتبة والمرتدّ... وغير ذلك ، لكنّ التي جرت عادة الفقهاء بالبحث عنها وعقد كتاب لها ﴿ستّة: الصغر والجنون والرقّ والمرض والفلس والسفه﴾ .

ولعلّ مرجع الصور إلى قسمين : من يحجر عليه لحقّ نفسه ، ومن يحجر عليه لحقّ غيره ، فالأوّل : الصبي والمجنون والسفيه ، والثاني : الباقي .

ثمّ الحجر : إمّا عامّ في سائر التصرّفات أو خاصّ ببعضها ، والأوّل إمّا أن يكون ذا غاية يزول سببه فيها أو لا ، والأوّل : الصغر ، والثاني : الجنون .

والخاصّ: إمّا أن يكون فيه مقصوراً على مصلحة المحجور أو لا ، والأوّل : السفه . والثاني : إمّا أن يكون موقوفاً على حكم الحاكم أو لا ، والأوّل : الفلس ، والثاني : المرض ، وباقي الأسباب تعرف بالمقايسة ، والأمر في هذا سهل .

إنّما الكلام في تفصيل البحث فيها : وقد تقدّم الكلام في الرقّ والفلس منها .

﴿أمّا الصغير: فمحجور عليه ما لم يحصل له وصفان: البلوغ

والرشد﴾ بلا خلاف أجده فيه[١]، بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، بل الكتاب[٣] والسنّة[٤] دالّان عليه أيضاً.

والمراد بالأوّل ـ الذي هو في اللغة الإدراك[٥] ـ : بلوغ الحلم والوصول إلى حدّ النكاح بسبب تكوّن المني في البدن وتحرّك الشهوة والنزوع إلى الجماع وإنزال الماء الدافق الذي هو مبدأ خلق الإنسان؛ بمقتضى الحكمة الربّانيّة فيه وفي غيره من الحيوان لبقاء النوع. فهو حينئذٍ كمال طبيعي للإنسان، يبقى به النسل ويقوى معه العقل، وهو حال انتقال الأطفال إلى حدّ الكمال والبلوغ مبالغ النساء والرجال.

ومن هنا إذا اتّفق الاحتلام في الوقت المحتمل، حصل به البلوغ ولم يتوقّف على بيان الشارع؛ فإنّ البلوغ من الأُمور الطبيعيّة المعروفة في اللغة والعرف، وليس من الموضوعات الشرعيّة التي لا تعلم إلّا من جهة الشرع كألفاظ العبادات. ↑ ج ٢٦ / ٤

بل قد ذكر أهل اللغة في ترتيب أحوال الإنسان، وأنّ له بكلّ حالٍ

---

(١) نفى الخلاف في الحدائق الناضرة: الحجر / في موجباته ج ٢٠ ص ٣٤٣، ورياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٣٧.

(٢) نقل الإجماع في غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١.
وتأتي المصادر خلال البحث.

(٣) سورة النساء: الآية ٦.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١ و ٢ من كتاب الحجر ج ١٨ ص ٤٠٩ فما بعدها، و باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ٨ و ٩ و ١١، و باب ٤٥ منها ح ١٢، ج ١٩ ص ٣٦٣ و ٣٦٤ و ٣٦٩.

(٥) الصحاح: ج ٤ ص ١٣١٦ (بلغ).

اسماً مخصوصاً في الرجال والنساء من أوّل الخلقة ـ التي يسمّى به جنيناً ـ إلى حال الشيخوخة في الرجال، والقلع[١] واللِطْلِطا[٢] في النساء.

وعلى كلّ حال، فلا يخفى على من لاحظ كلماتهم أنّ من المعلوم لغةً ـ كالعرف ـ كون الغلام متى احتلم بلغ وأدرك وخرج عن حدّ الطفوليّة ودخل في حدّ الرجوليّة، وكذا الجارية إذا أدركت وأعصرت[٣] فإنّها تكون امرأة كغيرها من النساء.

نعم، يرجع إلى الشرع في مبدأ السنّ الذي يحصل به البلوغ ـ مثلاً ـ إذا حصل فيه الاشتباه، بخلاف الاحتلام والحيض والحمل... ونحوها، ممّا لاريب في صدق البلوغ معها لغةً وعرفاً، ولو للتلازم بينها.

أمّا الأُمور المقارنة له في العادة غالباً ـ كقوّة التمييز وغلظ الصوت وشقّ الغضروف ونتوّ الحنجرة ونهود الثدي ... ونحو ذلك ـ فأقصاها إفادة الظنّ بحصوله؛ لعدم ثبوت التلازم المورث للقطع، ولا دليل على اعتباره في المصداق، بل الدليل على خلافه قائم. ودعوى: أنّها

---

(١) الكلمة ـ بمعناها المناسب للمقام ـ ضبطت بـ «القلعم» انظر فقه اللغة: الفصل السابع من الباب الرابع عشر ص ٨٤ ـ ٨٥، وتهذيب اللغة: ج ٣ ص ٢٧٨ (قلعم).

(٢) المعروف في كتب اللغة ضبطها بـ «اللِطلط»، انظر الصحاح: ج ٣ ص ١١٥٦ (لطط)، والقاموس المحيط: ج ٢ ص ٥٦٤ (لطط)، وفقه اللغة: (انظره في الهامش السابق).

(٣) المُعصِر: الجارية أوّل ما أدركت وحاضت. يقال: قد أعصرت: كأنّها دخلت عصر شبابها أو بلغته. الصحاح: ج ٢ ص ٧٥٠ (عصر).

كإنبات الشعر الخشن على العانة، يدفعها: أنّ الفارق بينهما الدليل.

﴿و﴾ كيف كان، فلا ريب في أنّه ﴿يعلم بلوغه﴾ أي الصغير ﴿بإنبات الشعر الخشن على العانة﴾ التي هي حول الذكر والقبل ﴿سواء كان مسلماً أو مشركاً﴾ خلافاً للشافعي في أحد قوليه: ففي حقّ الكفّار خاصّة؛ لكونه علامة مكتسبة تستعجل بالمعالجة، وإنّما اعتبرت في الكفّار لانتفاء التهمة بالاستعجال في حقّهم، ولأنّه لا طريق إلى معرفة بلوغهم سوى ذلك، بخلاف المسلمين؛ لجواز الرجوع إليهم في معرفة البلوغ[1].

والجميع كما ترى؛ إذ الاستعجال قائم في الفريقين، وكذا الحاجة إلى هذه العلامة، فإنّ الاحتلام والسنّ كثيراً ما يشتبه الأمر فيهما، بخلافها. مضافاً إلى ما ستعرفه من إطلاق الأدلّة؛ ولذا اتّفق أصحابنا ظاهراً على خلافه.

نعم، ربّما نسب[2] ذلك إلى الشيخ، ولم نتحقّقه، بل قال في الخلاف: «الإنبات دليل على بلوغ المسلمين والمشركين ... بإجماع الفرقة»[3].
وفي التذكرة: «نبات هذا الشعر دليل على البلوغ في حقّ المسلمين ↑ ج٢٦
والكفّار عند علمائنا، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في أحد قوليه»[4]، ٥

---

(١) المجموع: ج ١٣ ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤، الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ١٣٣ ـ ١٣٤، المغني (لابن قدامة): ج ٤ ص ٥١٣، الشرح الكبير: ج ٤ ص ٥١٣، مغني المحتاج: ج ٤ ص ٥٥٦.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٢.

(٣) الخلاف: الحجر / مسألة ١ ج ٣ ص ٢٨١.

(٤) تذكرة الفقهاء: الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٨٧.

وقال أبو حنيفة: إنّه لا اعتداد بالإنبات مطلقاً؛ لأنّه كغيره من شعر الرأس والبدن(١).

ويدلّ عليه: ـ مضافاً إلى ما عرفت، مؤيّداً بالعادة ـ الأخبار المرويّة من الطرفين:

فمن طريق الجمهور ما روي: «إنّ سعد بن معاذ لمّا حكم على قريظة كان يكشف عن عورات المراهقين، ومن أنبت منهم قتل، ومن لم ينبت جعل في الذراري»(٢).

وما روي عن عطيّة القرظي قال: «عُرضنا على رسول الله صلى الله عليه وآله يوم قريظة، وكان من أنبت قتل، ومن لم ينبت خلّى سبيله، فكنت فيمن لم ينبت فخلّى سبيلي»(٣).

ومن طريق الأصحاب خبر أبي البختري عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله عرضهم يومئذٍ على العانات، فمن وجده أنبت قتله، ومن لم يجده أنبت ألحقه بالذراري»(٤).

---

(١) عمدة القاري: ج ١٣ ص ٢٣٩، الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٣٤٣، المغني (لابن قدامة): ج ٤ ص٥١٣، الشرح الكبير: ج ٤ ص٥١٣، المجموع: ج١٣ ص٣٦٤، حلية العلماء: ج ٤ ص٥٣٣.

(٢) تلخيص الحبير: ج ١٠ ص ٢٧٩، سنن البيهقي: ج ٩ ص ٦٣، العزيز (شرح الوجيز): ج ٥ ص ٦٩، المغني (لابن قدامة): ج ٤ ص ٥١٤، الشرح الكبير: ج ٤ ص ٥١٣.

(٣) سنن ابن ماجة: ح ٢٥٤١ ج ٢ ص ٨٤٩، سنن أبي داود: ح ٤٤٠٤ ج ٤ ص ١٤١، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٥٨، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ١٣ ج ٧ ص ٦٥٥، سنن الترمذي: ح ١٦٣٣ ج ٣ ص ٧٢.

(٤) قرب الاسناد: ح ٤٦٧ ص ١٣٣، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ٨ ج ١ ص ٤٤.

وما في خبر حمزة بن حمران[١] عن أبي جعفر عليه السلام من أنّ «... الغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ... ولا يخرج عن اليتم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت»[٢].

وما في خبر يزيد[٣] الكناسي: «... إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك، كان الخيار له إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة، أو يشعر في وجهه، أو ينبت في عانته ...»[٤].

وفي المحكي عن تفسير عليّ بن إبراهيم في قوله تعالى: «وابتلوا ...»[٥] إلى آخره، قال: «ومن كان بيده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتّى يبلغ النكاح ويحتلم ـ إلى أن قال: ـ وإن ↑ ج ٢٦ / ٦
كانوا لا يعلمون أنّه قد بلغ فإنّه يمتحن بريح إبطه أو نبت عانته، فإن كان ذلك فقد بلغ ...»[٦].

بناءً على أنّ الضمير في قوله: «قال» راجع إلى الصادق عليه السلام

---

(١) في الكافي بعدها: عن حمران.

(٢) الكافي: الحدود / باب حدّ الغلام والجارية ح ١ ج ٧ ص ١٩٧. مستطرفات السرائر: كتاب الحسن بن محبوب ح ٣٤ ص ٨٦. وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ٢ ج ١ ص ٤٣.

(٣) في متن الوسائل: «بريد» وأشير إلى ماهنا بعنوان نسخة.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها ح ٢٠ ج ٧ ص ٣٨٢. الاستبصار: النكاح / باب ١٤٥ أنّ الأب إذا عقد ح ٥ ج ٣ ص ٢٣٧. وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب عقد النكاح ح ٩ ج ٢٠ ص ٢٧٨.

(٥) سورة النساء: الآية ٦.

(٦) نفسير القمّي: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ١ ص ١٣١. مستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب الحجر ح ١ ج ١٣ ص ٤٢٨.

المذكور في الآية السابقة ـ كما عن الصافي روايته عنه مسنداً إليه[١][٢]، ولعلّه وجده كذلك فيما وصل إليه من النسخ ـ وإلّا كان من كلامه على عادة القدماء ـ وهو وإن لم يكن حجّة لكنّه لا يخلو من تأييد. وعلى كلّ حال فلا ينبغي التوقّف في أصل الحكم.

نعم، قد يشكل عمومه للإناث: بظهور النصوص في الذكور خاصّة، بل قد يظهر من بعض الأصحاب اختصاصها بهم[٣]، وإن لم يعرف نقل الخلاف في ذلك[٤].

لكن قد عرفت العموم في معقد إجماعي الخلاف والتذكرة، بل صرّحا به وإن لم يكن في المعقد المزبور، مؤيّداً بـ:

تتبّع أكثر العبارات.

وبأنّ الإنبات أمارة طبيعيّة اعتبرها الشارع لكشفه عن تحقّق الإدراك، فلا يختلف.

وبقضاء العادة بتأخّر إنبات هذا الشعر عن تسع سنين بكثير؛ ولعلّ ذلك هو السبب في ترك التعرّض له في النصوص؛ لندرة الاحتياج إليه فيهنّ كالاحتلام.

(١) كأنّ مرجع الضمير في عبارته «الباقر عليه السلام».

(٢) تفسير الصافي: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ١ ص ٣٩١.

(٣) المهذّب: الوصايا / شروط الوصايا ج ٢ ص ١١٩ ـ ١٢٠، الوسيلة: كتاب الخمس ص ١٣٧.

(٤) ينظر مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ١٩، ورياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٤٠.

وإنّما اعتبر الأصحاب «الخشونة» مع عدم التقييد به في النصوص؛ لمعلوميّة عدم اعتبار الزَّغَب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصِّغر، ولأنّ الخشن هو المعهود في اختبار البلوغ، فيحمل عليه الإطلاق؛ لوجوب صرفه إلى المعهود.

والتقييد بالعانة لإخراج سائر الشعور، فلا يكون دليلاً على البلوغ. وفي المسالك: «لا عبرة بها عندنا وإن كان الأغلب تأخّرها عن البلوغ؛ إذ لم يثبت كون ذلك دليلاً شرعاً، خلافاً لبعض العامّة»[1].

قلت: هو قوّاه في صوم الروضة، فقال: «وفي إلحاق إخضرار الشارب ونبات اللحية بالعانة قول قويّ»[2].

وقال الشيخ في المبسوط في كتاب الحجر: «لا خلاف أنّ نبات اللحية لا يحكم بمجرّده بالبلوغ وكذلك سائر الشعور، وفي الناس من قال: إنّه عَلَمٌ على البلوغ، وهو الأولى؛ لأنّه لم تجر العادة بخروج اللحية من غير بلوغ»[3].

ج ٢٦ / ٧ وفي كتاب الصوم: «وحدّه ـ أي البلوغ ـ: الاحتلام في الرجال، والحيض في النساء، والإنبات والإشعار...»[4] إلى آخره.

وفي النهاية: «وحدّ بلوغ الصبي: إمّا بأن يحتلم أو يكمل عقله أو

---

(١) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤١.

(٢) الروضة البهيّة: الصوم / مسألة ١٥ ج ٢ ص ١٤٥.

(٣) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥١.

(٤) المبسوط: الصوم / في حقيقته ج ٢ ص ٣٦٥.

يشعر»[١].

وعن ابن البرّاج في المهذّب: «وحدّ بلوغ الغلام: احتلامه أو كمال عقله أو يشعر»[٢].

وفي التحرير: «الأقرب أنّ إنبات اللحية دليل على البلوغ، أمّا باقي الشعور فلا»[٣].

وحكى في التذكرة عن الشافعيّة وجهين في إلحاق اللحية والشارب بالعانة، أحدهما: الإلحاق، ثمّ قال: «ولا بأس به عندي، بناءً على العادة القاضية بتأخّر ذلك عن البلوغ»[٤].

بل هو لا يخلو من قوّة؛ للعادة، وللخبرين السابقين اللذين لا يقصر سندهما عن حجّيّة أخبار الآحاد، فينقطع الأصل حينئذٍ بهما.

وأمّا ما قيل من أنّه «لو كان علامة لاستغني بها عن اختبار شعر العانة، بل لم يجز الكشف عنها»[٥].

فضعفه ظاهر؛ ضرورة خروج العانة عن العورة أوّلاً، وعدم الاستغناء عنها؛ لتقدّم نباتها على اللحية والشارب[٦].

بل قد يقوى إلحاق العذار و العارض والعنفقة ونحوها بهما؛ لعموم

(١) النهاية: الوصايا / شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٢.
(٢) المهذّب: الوصايا / شروط الوصايا ج ٢ ص ١١٩.
(٣) تحرير الأحكام: الحجر / في أسبابه ج ٢ ص ٥٣٥.
(٤) تذكرة الفقهاء: الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٨٩.
(٥) نقله الطباطبائي في المصابيح: الصلاة / مصباح: في الإنبات ورقة ١٢٥ (مخطوط).
(٦) الأولى بحسب السياق بعدها إضافة: ثانياً.

المستند، إلاّ أنّ ظاهر باقي الأصحاب الاختصاص بالعانة، بل هو صريح بعضهم[١]؛ ولذا اقتصروا عليها في العلامات.

ويمكن أن يكون ذلك منهم لتأخّر نباتهما عن البلوغ عادةً بكثير، ومدارهم على ذكر العلامات النافعة عند الاشتباه، لا حال معلوميّة البلوغ الحاصلة غالباً عند نباتهما، بحيث لا يحتاج إلى استنادٍ إلى العلامات، وخرق العادات لا ينافي الاطمئنان المعتبر في الأحكام الشرعيّة.

نعم، لا عبرة بسائر الشعور ـ عدا ما عرفت ـ في ظاهر كلام الأصحاب؛ للأصل وعمومات الكتاب والسنّة من غير معارض يعتدّ به.

وفي التذكرة: «ولا اعتبار بشعر الإبط عندنا، وللشافعي فيه وجهان»[٢].

ومن ذلك يعلم شذوذ ما في بعض الأخبار من عدّ شعر الإبط من العلامات[٣]، وإلاّ فنصوص الإشعار خاصّة يمكن حملها على الإنبات خاصّة، أو مع غيره ممّا عرفت من اللحية والشارب ونحوها[٤].

وكيف كان، فقد استفيد[٥] من المتن هنا والصوم[٦] والنافع[٧] في

---

(١) كالعاملي في المدارك: الصوم / من يصح منه ج ٦ ص ١٥٨ ـ ١٥٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٨٩.

(٣) لم نجد ذلك في كتب الأخبار، وإنّما أُرسلت في بعض كتب الفروع.

(٤) تحتمل المعتمدة: ونحوهما.

(٥) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ١٣.

(٦) شرائع الإسلام: الصوم / من يصح منه الصوم ج ١ ص ١٩٨.

(٧) عبارته: «وهو ـ أي البلوغ ـ يعلم بإنبات الشعر ...» ينظر المختصر النافع: كتاب الحجر ص ١٤٠.

المقام: كونه بلوغاً ـ لا دليلاً على سبقه كالحمل ـ بل في مفتاح الكرامة: نسبته إلى صلاة التهذيب وصوم المبسوط وحدوده ووصايا النهاية والمهذّب وخمس الوسيلة وصوم السرائر ووصاياها وكشف الرموز ↑ ج ٢٦ / ٨ وصوم الجامع وحجره وجهاد المنتهى والتذكرة وصوم التحرير وحجره وحجر الإرشاد والتبصرة وصوم اللمعة والروضة ومجمع البيان وجامع الجوامع والغنية وكنز العرفان والجعفريّة، بل في الغنية وظاهر حدود المبسوط ومجمع البيان ونوادر قضاء السرائر وكشف الرموز وكنز العرفان وصوم المسالك: الإجماع عليه[١].

لكن لم أتحقّق كثيراً ممّن نسب إليهم ذلك، وإنّما في كثير منها ظهور بل إشعار لا يثق به الفقيه؛ لأنّهم ليسوا بصدد بيان ذلك، على أنّ جملة منها كالمبسوط[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والمسالك[٥] قد صرّحت في مقام آخر بأنّه دليل لا بلوغ.

ومنه يعلم عدم الوثوق بتلك الإشعارات، وأنّها لم تسق لبيان ذلك، بل عنون بعضهم البحث بمثل هذه العبارات ـ التي ادّعي ظهورها في البلوغ ـ ثمّ صرّح بعد ذلك بأنّه دليل لا بلوغ[٦]، فعلم عدم إرادتهم من

---

(١) مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ١٣.

(٢) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥٠ و ٢٥١.

(٣) تذكرة الفقهاء: الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٨٦.

(٤) تحرير الأحكام: الحجر / في أسبابه ج ٢ ص ٥٣٥.

(٥) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤١.

(٦) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٤٩ و ٢٥٠. تذكرة الفقهاء: الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٨٦.

أمثال تلك العبارات ذلك.

ويؤيّده: أنّ العلّامة الطباطبائي على شدّة تتبّعه في المسألة ـ حتّى أنّه حكى عبارات القوم بألفاظها على طولها: ونقّر في كلّ واحدة منها ـ قد اعترف بأنّه لم يجد بهذا القول مصرّحاً من الأصحاب، قال: «وإنّما حكاه العلّامة في التذكرة عن الشافعي في أحد وجهيه، لكنّه ظاهر ابن حمزة وابن إدريس والمحقّق»[١].

بل يؤيّده أيضاً: أنّه في المسالك نسب القول بكونه دليلاً إلى المشهور[٢]، ولو صحّت النسبة المزبورة كان الأمر بالعكس؛ لأنّه نسب[٣] القول الثاني ـ أي أنّه دليل لا بلوغ ـ في الكتاب المزبور إلى حجر المبسوط[٤] والخلاف[٥] وحجر التذكرة[٦] وكشف الحقّ[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩] وظاهر الإيضاح[١٠]، ولا ريب في أنّ الشهرة حينئذٍ بالعكس.

(١) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: في طريق الدلالة في العلامات ... ورقة ١٢٦ (مخطوط).

(٢) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤١.

(٣) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / الفصل الأوّل ج ١٦ ص ١٤.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

(٥) الخلاف: الحجر / مسألة ١ ج ٣ ص ٢٨١.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً.

(٧) كشف الحق: الحجر / مسألة ٨ ص ٤٩١.

(٨) جامع المقاصد: الحجر / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٨١.

(٩) تقدّم المصدر آنفاً.

(١٠) إيضاح الفوائد: الحجر / الفصل الأوّل ج ٢ ص ٥٠ ـ ٥١.

ومن الغريب دعواه[١] أنّ الشيخ في الخلاف ادّعى الإجماع عليه، ومن لاحظ عبارة الخلاف قطع بأنّه ليس في صدد ذلك، وإنّما بحثه مع الشافعي[٢].

وكيف كان، فلا ريب أنّ الأقوى كونه دليلاً لا بلوغاً، قيل: «لتعليق الأحكام في الكتاب والسنّة على الاحتلام، ولأنّ البلوغ غير مكتسب والإنبات قد يكتسب بالمعالجة»[٣]. وفيهما نظر واضح.

والأولى الاستدلال: بأنّه تدريجيّ الحصول والبلوغ لا يكون كذلك، وعدم معلوميّة أوّل آنات تحقّق الشعر الخشن، وقضاء العادة ↑ ج ٢٦ / ٩
بتأخّره عنه. وكذلك الكلام فيما اُلحق به من الشعر.

وتظهر فائدة الخلاف: في قضاء ما يجب قضاؤه من العبادات، وفي نفاذ إقراره وتصرّفاته المتقدّمة على الاختبار بزمان يعلم عدم تأخّر بلوغه عنه، والله أعلم.

﴿و﴾ كذا يعلم البلوغ بـ﴿خروج المنيّ الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد كيف كان﴾ بلا خلاف من المسلمين، فضلاً عن المؤمنين، بل الإجماع بقسميه عليه[٤]، مضافاً إلى الكتاب والسنّة المستفيضة:

---

(١) مفتاح الكرامة: الحجر / الفصل الأوّل ج ١٦ ص ١٤ ـ ١٥.

(٢) لاحظ «الخلاف» المتقدّم قبل هوامش.

(٣) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤١.

(٤) ينظر غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١. وتذكرة الفقهاء: الحجر / مسألة ٤٠٠ ج ١٤ ص ١٩٠. ومسالك الأفهام: (الهامش السابق: ص ١٤٣). ورياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٣٨.

قال الله تعالى: «وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا»[١]، «وابتلوا اليتامى حتّى إذا بلغوا النكاح»[٢]، «ولا تقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن حتّى يبلغ أشدّه»[٣].

وقال الصادق عليه السلام في خبر هشام بن سالم: «انقطاع يتم اليتيم الاحتلام، وهو أشدّه ...»[٤].

وقال في موثّق ابن سنان: «سأله أبي ـ وأنا حاضر ـ عن قول الله تعالى: (حتّى إذا بلغ أشدّه)[٥]؟ قال: الاحتلام ...»[٦].

وفي النبوي ـ الذي رواه المخالف والمؤالف، بل عن ابن إدريس: أنّه مجمع على روايته[٧] ـ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتّى يحتلم، وعن المجنون حتّى يفيق، وعن النائم حتّى ينتبه»[٨].

---

(١) سورة النور: الآية ٥٩.

(٢) سورة النساء: الآية ٦.

(٣) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٤) الكافي: الوصايا / باب الوصي يدرك أيتامه ح ٢ ج ٧ ص ٦٨. من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب انقطاع يتم اليتيم ح ٥٥١٧ ج ٤ ص ٢٢٠. وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب الحجر ح ١ ج ١٨ ص ٤٠٩.

(٥) سورة الأحقاف: الآية ١٥.

(٦) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ٦ ج ٩ ص ١٨٢. وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ٨ ج ١٩ ص ٣٦٣.

(٧) السرائر: الديات / أقسام القتل ج ٣ ص ٣٢٤.

(٨) سنن أبي داود: ح ٤٤٠٣ ج ٤ ص ١٤١. مسند أحمد: ج ٦ ص ١٠٠ ـ ١٠١. سنن الدارمي: ج ٢ ص ١٧١. المستدرك (للحاكم): ج ٤ ص ٣٨٩. سنن البيهقي: ج ٣ ص ٨٣. معرفة السنن والآثار: ذيل ح ٢٦٥٢ ج ٣ ص ٤٧٠. صحيح ابن حبّان: ح ١٤١ ج ١ ص ٣٥٥.

وفي المحكي عن الخصال أنّه روى بإسناده عن ابن[١] ظبيان قال: «أُتي عمر بمجنونة قد زنت فأمر برجمها، فقال عليّ عليه السلام: أما علمت أنّ القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتّى يحتلم، وعن المجنون حتّى يفيق، وعن النائم حتّى يستيقظ؟!»[٢].

وعلى كلّ حال، فهو حديث مشهور رواه الفريقان، وذكره أصحابنا في كتب الفروع والإمامة في مطاعن الثلاثة[٣]. ↑

وفي الفقيه عن حمّاد بن عمر[٤] وأنس بن محمّد عن أبيه جميعاً عن ج ٢٦ / ١٠
جعفر بن محمّد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام في وصيّة النبيّ صلى الله عليه وآله لعليّ: «... يا عليّ، لا يُتْمَ بعد احتلام...»[٥].

وفي المصابيح: «رواه الشيخ في المبسوط وغيره، وهو أيضاً من الأحاديث المشهورة المتلقّاة بالقبول»[٦].

والمرسل فيه أيضاً: «على الصبي إذا احتلم: الصيام، وعلى المرأة

---

(١) في الخصال بدلها: أبي.

(٢) الخصال: باب الثلاثة ح ٤٠ ص ٩٣. وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ١١ ج ١ ص ٤٥.

(٣) ينظر الشافي: ج ٤ ص ١٨١، وتقريب المعارف: ص ٣١٨. ونهج الحق: ص ٢٧٧. ومنهاج الكرامة: ص ١٠٤، وإحقاق الحق: ص ٢٣٩.

(٤) في المصدر بدلها: عمرو.

(٥) من لا يحضره الفقيه: باب نوادر الكتاب ح ٥٧٦٢ ج ٤ ص ٣٦١. وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ٩ ج ١ ص ٤٥.

(٦) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: لاخلاف بين المسلمين في كون الاحتلام بلوغاً ورقة ١٢٢ (مخطوط).

إذا حاضت: الصيام»[١].

وخبر طلحة بن يزيد[٢] عن الصادق عليه‌السلام: «إنّ أولاد المسلمين موسومون عند الله بشافع ومشفّع، فإذا بلغوا اثني عشر كتبت لهم الحسنات، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيّئات»[٣].

وخبر عليّ بن جعفر عن أخيه ـ المروي عن قرب الاسناد ـ: «سألته عن اليتيم متى ينقطع يتمه؟ قال: إذا احتلم وعرف الأخذ والإعطاء»[٤].

إلى غير ذلك من النصوص التي لا يقدح تعبيرها بالاحتلام كبعض الأصحاب[٥]؛ للقطع بعدم إرادة خصوصيّته، بل قيل: «المراد منه هنا خروج المني مطلقاً سواء كان في النوم أو اليقظة، وليس المراد منه معناه اللغوي الذي هو الرؤية في المنام؛ فإنّه قد يتحقّق بدون خروج المني، كما أنّ خروج المني ربّما يتحقّق بدونه، والعبرة حينئذٍ في

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الصوم / باب الحدّ الذي يؤخذ فيه الصبيان بالصوم ح ١٩٠٧ ج ٢ ص ١٢٢. وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ١٠ ج ١ ص ٤٥.

(٢) في المصدر بدلها: زيد.

(٣) الكافي: العقيقة / باب فضل الولد ح ٨ ج ٦ ص ٣. وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ١ ج ١ ص ٤٢.

(٤) قرب الاسناد: ح ١١٢٥ ص ٢٨٤. وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ٦ ج ١ ص ٤٤.

(٥) كالشيخ في النهاية: الوصايا / شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٢. وابن البرّاج في المهذّب: الوصايا / شروط الوصايا ج ٢ ص ١١٩. وابن إدريس في السرائر: حقيقة الصوم ج ١ ص ٣٦٧. وابن سعيد في الجامع للشرائع: الصوم / حقيقة الصوم ص ١٥٣.

البلوغ بالخروج دون الرؤية»[١].

ولعلّه لذا جعل الحمل دليلاً على سبقه في الأُنثى؛ لكونه مسبوقاً بالإنزال.

وقد سمعت قول الله تعالى: «حتّى إذا بلغوا النكاح» فإنّه لو كان الاعتبار بالاحتلام لزم أن لا يتحقّق البلوغ في الرجال ما لم يتحقّق الاحتلام وإن نكحوا وأولدوا، وهو واضح البطلان.

بل قد يقوى: كون العلامة الاستعداد لخروج المني بالقوّة القريبة من الفعل، وذلك بتحريك الطبيعة والإحساس بالشهوة، سواء انفصل المني معه عن الموضع المعتاد أو لم ينفصل، لكن بحيث لو أراد ذلك بالوطء أو الاستمناء تيسّر له ذلك.

وكونه شرطاً في الغسل لا يقضي بكونه كذلك في البلوغ؛ ضرورة دوران الأمر في الأوّل على الحدثيّة المتوقّف صدقها - ولو شرعاً - على الخروج، بخلاف الثاني الذي هو أمر طبيعي لا يختلف بظهور الانفصال وعدمه، خصوصاً مع تهيّؤ النطفة للانعقاد، بل تكوّن الولد في الأُنثى لا يكاد يتحقّق معه الخروج إلى خارج. ↑ ج ٢٦ / ١١

بل عن المفسّرين: أنّ المراد بقوله تعالى: «بلغوا النكاح»[٢] شهوة النكاح والوطء والقدرة على الإنزال[٣].

---

(١) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: لاخلاف بين المسلمين في كون الاحتلام بلوغاً ورقة ١٢٤ (مخطوط).

(٢) سورة النساء: الآية ٦.

(٣) مجمع البيان: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ٣ ص ١٦.

بل قد عرفت سابقاً[١] أنّ البلوغ من موضوعات الأحكام الشرعيّة التي مرجعها العرف والعادة، ومثل هذا لا شكّ في كونه بالغاً فيهما، وإنّما يتعيّن الرجوع إلى الشرع في تحديد الموضوعات مع الشكّ دون اليقين الذي قد عرفت حصوله في المقام.

وقد أومأنا سابقاً[٢] إلى أنّ البلوغ حالٌ في الإنسان ـ بل مطلق الحيوان ـ يخرج بها من حدّ الطفوليّة إلى غيرها، وأنّها ينبعث عنها خروج المني ونحوه، وإن لم يجعل خروج المني علامة على سبقه؛ لاحتمال مقارنة خروجه لتلك الحالة، فالمدار عليها لا عليه، فمتى علم حصولها تحقّق البلوغ وإن لم يحصل الخروج الحسّي.

لكن في عبارات الأصحاب اشتباه على غير المحصّل؛ إذ المصنّف والفاضل[٣] وغيرهما[٤] قيّدوا خروج المني بكونه من الموضع المعتاد. وقال ثاني الشهيدين: «إنّما اعتبر ذلك مع إطلاق الأدلّة؛ لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف، خصوصاً وفي بعضها: بلوغ النكاح، وإنّما يكون من المعتاد، فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتدّ به»[٥].

والجميع موهم اعتبار ذلك فيه كالغسل، لكن قد عرفت التحقيق،

(١ و٢) في ص ٨...

(٣) قواعد الأحكام: الحجر / الفصل الأوّل ج ٢ ص ١٣٣.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: الحجر / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٨١.

(٥) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٣.

فلاحظ وتأمّل.

كما أنّه قد يتوهّم من المتن ونحوه[١] اعتبار تكوّن الولد منه، فلا عبرة بالذي لا يتكوّن منه.

بل في المسالك نسبة هذا الفهم من العبارة إلى جماعة، قال: «وفي حاشية الشهيد على القواعد ـ نقلاً عن بعض العلماء ـ: يعلم المني الذي منه الولد ممّا ليس منه بأن يوضع في الماء، فإن طفا فليس، وإن رسب فمنه الولد»[٢].

ولا يخفى عليك فساد هذا التوهّم؛ ضرورة كون المعتبر مطلق خروج المني؛ للإطلاق، فتكون الصفة في عبارة المتن وغيره[٣] كاشفةً باعتبار إرادة المنشئيّة، فلا يقدح تخلّف التكوّن من بعض الأفراد، بل لعلّ المراد التخلّف من صنفه، فلا يقدح عدمه في بعض الأشخاص، ↑ ج٢٦ / ١٢
كما هو واضح لا يحتاج إلى إطناب.

نعم، يشترط في خروج المني كونه في الوقت المحتمل للبلوغ، فلا عبرة بما ينفصل بصفته قبل ذلك، كما صرّح به بعض الأساطين[٤]، بل في التذكرة: «البلوغ منوط بخروج المني مع إمكانه باستكمال تسع

---

(١) كالمختصر النافع: كتاب الحجر ص ١٤٠.

(٢) المصدر قبل السابق: ص ١٤٢.

(٣) انظر الهامش قبل السابق.

(٤) كالعلّامة في التذكرة: الحجر / مسألة ٤٠٢ ج ١٤ ص ١٩٢. والشهيد الثاني في المسالك: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٣.

سنين مطلقاً عند الشافعي وعندنا في المرأة خاصّة. (وأمّا في جانب الذكر فما وقفت له على حدّ لأصحابنا)[١] ـ إلى أن قال: ـ لأنّ في النساء حدّةً في الطبيعة وتسارعاً إلى الإدراك»[٢].

وفي المسالك: «وحدّ الإمكان عندنا في جانب القلّة في الأُنثى تسع سنين، وأمّا في الذكر فما وقفت له على حدّ يعتدّ به ـ إلى أن قال: ـ ولا يبعد أن يكون ما بعد العاشرة محتملاً»[٣].

ومقتضى كلامه الامتناع فيما دون العشر، وهو كذلك؛ تمسّكاً بمقتضى العادة. وأمّا ما تجاوز العشر فالظاهر فيه الإمكان، فيحكم بالبلوغ مع تحقّق الاحتلام فيه؛ عملاً بعموم الأدلّة فيما لم يثبت امتناعه، بل فيما دلّ على تحديد السنّ في الذكور بعشر سنين[٤] تنبيهٌ عليه، وكذا ما دلّ على التفريق بينهم في المضاجع بعشر، نحو:

خبر القدّاح عن أبي عبد الله عليه السلام: «يفرّق بين الغلمان والنساء في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين»[٥].

وخبره عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الصبي والصبيّة يفرّق بينهم في المضاجع بعشر سنين»[٦].

---

(١) مابين القوسين ليس في المصدر.

(٢) تذكرة الفقهاء: الحجر / مسألة ٤٠٢ ج ١٤ ص ١٩١ ـ ١٩٢.

(٣) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٣.

(٤) تأتي الإشارة إلى ذلك والتعليق عليه في ص ٧٤...

(٥ الكافي: العقيقة / باب تأديب الولد ح ٦ ج ٦ ص ٤٧، وسائل الشيعة: باب ٧٤ من أبواب أحكام الأولاد ح ٦ ج ٢١ ص ٤٦١.

(٦) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب الحدّ الذي إذا بلغه الصبيان ح ٤٥٠٩ ج ٣ ←

ويؤيّد ذلك ما عن الآبي في شرح النافع: «كلّ رواية دلّت على البلوغ فيما بين الخمسة عشر والعشر محمولة على ما إذا كان الغلام قد احتلم أو أنبت شعر العانة؛ توفيقاً بين الروايات، ولأنّ الاحتلام في تلك السنين قد يقع كثيراً»(١). «ولقد شاهدنا من احتلم في ثلاث عشر سنة واثني عشر سنة»(٢).

وقال بعض الأفاضل: «ينبغي القطع بالإمكان في الثلاثة عشر فما فوقها؛ لقضاء العادة بالاحتلام في ذلك غالباً، ولما رواه المشايخ عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: (إذا بلغ أشدّه ثلاث عشر سنة ودخل في الأربعة عشر وجب عليه ما وجب على المحتلمين، ↑
احتلم أو لم يحتلم...)(٣)». ج ٢٦ / ١٣

«وعن عيسى بن زيد(٤) عنه عليه السلام أيضاً قال: (قال أميرالمؤمنين عليه السلام: يثغر(٥) الصبي لسبع سنين، ويؤمر بالصلاة لتسع، ويفرّق بينهم في

→ ص ٤٣٦، وسائل الشيعة: باب ٧٤ من أبواب أحكام الأولاد ح ٢ ج ٢١ ص ٤٦٠.

(١) كشف الرموز: الوصايا / في الموصي ج ٢ ص ٦٩.

(٢) كشف الرموز: كتاب الحجر ج ١ ص ٥٥٣.

(٣) الكافي: الوصايا / باب الوصي يدرك أيتامه ح ٧ ج ٧ ص ٦٩، تهذيب الأحكام: الوصايا/ باب ٨ وصيّة الصبي ح ١٤ ج ٩ ص ١٨٣، وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ١١ ج ١٩ ص ٣٦٤.

(٤) في موضع من الوسائل: «زيد بن عيسى» بدل «عيسى بن زيد» وفي موضع آخر كما في المتن إلّا أنّه مرفوع كما أنّه ليس فيه «قال أمير المؤمنين عليه السلام».

(٥) الاثّغار: سقوط سنّ الصبي ونباتها. النهاية (لابن الأثير): ج ١ ص ٢١٣ (ثغر).

المضاجع لعشر، ويحتلم لأربع عشرة...)[١]»[٢].

قلت: على كلّ حال لم تظهر له فائدة في الأُنثى، بناءً على عدم الحكم به إلّا بعد التسع، ومع فرض العلم بها لم يحتج إليه.

نعم، قد يقال: إنّ الفائدة تظهر في مجهولة السنّ؛ فإنّه إذا خرج المني منها حكم ببلوغها وإن لم يعلم قدر سنّها، وكذا في الغلام. ونظير ذلك قدّمناه في باب الحيض[٣]، فلاحظ. لكن عليه يكون خروج المني من الأُنثى دليلاً على البلوغ ـ كالحيض ـ لا بلوغاً في نفسه، وهو خلاف كلمات الأصحاب، فتأمّل.

ثمّ لا يخفى عليك عدم العبرة بأوصاف المني بعد العلم به، أمّا إذا اشتبه فالوجه الرجوع إليها؛ لإناطة الحكم بالجنابة ووجوب الغسل بها مع انتفاء العلم، والسبب فيها منحصر في الوطء وإنزال المني اتّفاقاً، فإذا انتفى الأوّل تعيّن الثاني.

ويحتمل العدم؛ لأنّ اعتبارها فيهما لا يستلزم اعتبارها في البلوغ؛ لجواز تقدّم الأسباب عليه ولا يثبت بها.

لكنّه مبنيّ على إمكان خروج المني قبل البلوغ، وفيه بحث بل منع؛

(١) الكافي: الوصايا / باب الوصي يدرك أيتامه ح ٨ ج ٧ ص ٦٩. تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ١٣ ج ٩ ص ١٨٣. وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ١٠ ج ١٩ ص ٣٦٤.

(٢) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: لاخلاف بين المسلمين في كون الاحتلام بلوغاً ورقة ١٢٤ (مخطوط).

(٣) في ج ٣ ص ٢٥٨ فما بعدها.

لأنّ الظاهر عدم تكوّنه إلّا حال وصول الطفل إلى حدّ البلوغ، كما يومئ إليه إطلاق ما دلّ على أنّ خروجه علامة البلوغ من النصوص السابقة وغيرها.

ومن ذلك يعرف ما في الكلام السابق ـ من اعتبار الإمكان في خروج المني، احترازاً من خروجه في غير زمن الإمكان، كما إذا كان السنّ خمساً أو أربعاً ـ من النظر والتأمّل.

اللّهمّ إلّا أن يراد: الحكم بكونه غير مني وإن جمع صفاته، نحو الدم الخارج من الجارية قبل التسع، فإنّه ليس بحيض وإن جمع وصفه، لا أنّ المراد: عدم العبرة به وإن كان منيّاً ظاهراً وواقعاً؛ حتّى يستلزم إمكان خروجه من غير البالغ، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف بيننا[١] في أنّه ﴿يشترك في هذين﴾ العلامتين ﴿الذكور والإناث﴾.

وقد عرفت الحال في الأُولى.

وأمّا الثانية: فقد نصّ على التسوية المزبورة غير واحد[٢]، بل في ↑ ج ٢٦ / ١٤
التذكرة: «الاحتلام: خروج المني ـ وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد ـ بلوغ في الرجل والمرأة عند علمائنا أجمع، ولا نعلم فيه خلافاً

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الحجر / في موجباته ج ٢٠ ص ٣٤٨.

(٢) كالشيخ في المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٤٩، وابن سعيد في الجامع للشرائع: باب الحجر ص ٣٦٠، والعلّامة في القواعد: الحجر / الفصل الأوّل ج ٢ ص ١٣٣ ـ ١٣٤، والشهيد الثاني في الروضة: الصوم / مسألة ١٥ ج ٢ ص ١٤٤.

في الذكر»[١]، «وهو في النساء كذلك، وللشافعي قول بأنّ خروج المني من النساء لا يوجب بلوغهنّ؛ لأنّه نادر فيهنّ، ساقط العبرة»[٢]، قال: «وإطباق أكثر العلماء على خلاف هذا»[٣].

وفي المسالك ـ في شرح المتن ـ: «هذا عندنا وعند الأكثر موضع وفاق، وإنّما نبّه به على خلاف الشافعي ـ إلى أن قال: ـ وفساده واضح»[٤].

قلت: قد يلوح من الفقيه[٥] ووصايا النهاية[٦] وصوم المبسوط[٧] وباب الأوصياء من المهذّب[٨] ونكاح الوسيلة[٩] وخمسها[١٠] ونوادر القضاء من السرائر[١١] موافقة الشافعي أو يظهر، خصوصاً في بعضها.

لكن ما ذكره من الندرة فيهنّ ـ وأنّه لا يحصل إلّا بعد العلم ببلوغ التسع ـ جعل للاقتصار عليه في الرجال وجهاً وجيهاً، بل ولبعض

---

(١) تذكرة الفقهاء: الحجر / مسألة ٤٠٠ ج ١٤ ص ١٩٠.
(٢) المصدر السابق: مسألة ٤٠١ (بتصرّف في صدر العبارة).
(٣) المصدر السابق: ص ١٩١.
(٤) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٣ ـ ١٤٤.
(٥) من لا يحضره الفقيه: الصوم /الحد الذي يؤخذ فيه الصبيان بالصوم ذيل ح ١٩٠٧ ج ٢ ص ١٢٢.
(٦) النهاية: الوصايا / شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٣.
(٧) المبسوط: الصوم / في حقيقته ج ١ ص ٢٦٥.
(٨) المهذّب: الوصايا / شروط الوصايا ج ٢ ص ١١٩ ـ ١٢٠.
(٩) الوسيلة: النكاح / من إليه العقد ص ٣٠١.
(١٠) الوسيلة: كتاب الخمس ص ١٣٧.
(١١) السرائر: ج ٢ ص ١٩٩.

النصوص المقتصر فيه على كونه علامة للرجال[١]، بـل الفـقيه المـاهر يقطع بكون النصّ والفتوى مبنيّين على ذلك، خصوصاً بعد معروفيّة ذكر الحمل في كلامهم علامة على سبق البلوغ بـالإنزال، وخـصوصاً بـعد تصريح الشيخ[٢] وابني حمزة[٣] وإدريس[٤] في مقام آخر بالاشتراك.

فإجماع التذكرة ممّا يشهد التتبّع ـ مع التأمّل ـ بصحّته، فهو الحجّة، مضافاً:

إلى عموم: «وابتلوا ...»[٥] إلى آخره، و «لا يُتْمَ بعد احـتلام»[٦]، وأصالة الاشتراك في الأحكام ما لم يثبت خلافه، وما عرفت مـن أنّ البلوغ حال طبيعي ينبعث عنها ذلك من غير فرق بين الرجال والنساء، كما هو المشاهد في العرف.

وإلى ما عن الشيخ[٧] والفاضل[٨] من أنّهما استدلّا عليه بما روي من أنّ أُمّ سلمة[٩] سألته عن المرأة تـرى فـي مـنامها مـا يـرى الرجـل؟

---

(١) وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ٢ و ١٢ ج ١ ص ٤٣ و ٤٥.

(٢) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٤٩.

(٣) استفيد من قوله: «والحبل علامة البلوغ» ينظر الوسيلة: كتاب الخمس ص ١٣٧.

(٤) السرائر: الصيام / حقيقة الصوم ج ١ ص ٣٦٧.

(٥) سورة النساء: الآية ٦.

(٦) تقدّم في ص ٢١.

(٧) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٤٩.

(٨) تذكرة الفقهاء: الحجر / مسألة ٤٠١ ج ١٤ ص ١٩١.

(٩) في الكثير من المصادر الروائيّة: «أُمّ سليم».

فقال صلى الله عليه وآله : «إذا رأت ذلك فلتغتسل»(١).

ولكنّه مبنيّ على استفادة الفوريّة المقتضية لثبوت التكليف المشروط بالبلوغ ، وإلّا فسببيّة الاحتلام للغسل ـ بناءً على حصوله من الصغير ـ لا ينافي(٢) عدم البلوغ حال وجود السبب ، كما في الحدث ↑
الأصغر ، والأمر سهل بعد قطعيّة الحكم ، والله أعلم . ج ٢٦ / ١٥

﴿و﴾ كذا يعلم البلوغ شرعاً إن لم يكن عرفاً ﴿بالسنّ؛ وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر﴾ على المشهور بين الأصحاب في المقام شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً كما اعترف بذلك في المسالك(٣)، بل نقلها مستفيض أو متواتر(٤)، كالإجماع صريحاً وظاهراً على ما في مفتاح الكرامة ، حيث قال : «كادت تبلغ إجماعات المسألة اثني عشر إجماعاً من صريح وظاهر ومشعر به ، بل هو معلوم»(٥).

وربّما يشهد له :

التتبّع ، بل ربّما يزيد على ذلك مع إطلاق الإشعار ؛ لأنّه كما حكاه

---

(١) المجموع: ج ١٣ ص ٣٦٣. مسند إسحاق بن راهويه: ح ٢١٥٧ ج ٥ ص ٥٣. الموطّأ: ح ٨٤ ج ١ ص ٥١. المصنّف (لعبد الرزّاق): ح ١٠٩٥ ج ١ ص ٢٨٤. المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ١ و٢ ج ١ ص ١٠٢.

(٢) الأولى التعبير بـ«لا تنافي».

(٣) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٤.

(٤) ينظر مختلف الشيعة: الديون / في الحجر ج ٥ ص ٤٣١، والحدائق الناضرة: الحجر / في موجباته ج ٢٠ ص ٣٤٨.

(٥) مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٣٢.

العلّامة الطباطبائي[١] عن صريح الغنية[٢] والظاهر كالنصّ عن الخلاف[٣] والتذكرة[٤] وظاهر مجمع البيان[٥] وكنز العرفان[٦] وكنز الفوائد[٧] والمسالك[٨] والمسالك الجواديّة[٩] وتلويح المنتهى[١٠] وكشف الرموز[١١] وتلخيص الخلاف[١٢] ونقد الشرائع[١٣].

وقضيّة انحصار المخالف في ابن الجنيد، على ما يظهر من المختلف[١٤] والمهذّب البارع[١٥] وشرح الشرائع[١٦] وغوالي اللآلي[١٧].

وهو ـ مع أنّه معلوم النسب ـ لا يقدح في الإجماع، خصوصاً مع

(١) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر ورقة ١١٦ ـ ١١٧ (مخطوط).

(٢) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١.

(٣) الخلاف: الحجر / مسألة ٢ ج ٣ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: الحجر / مسألة ٤٠٥ ج ١٤ ص ١٩٧.

(٥) مجمع البيان: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ٣ ص ٩.

(٦) كنز العرفان: الوصيّة / البحث عن اليتامى ذيل الآية الأُولى ج ٢ ص ١٠٢.

(٧) هذا الكتاب غير متوفّر.

(٨) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٤.

(٩) مسالك الأفهام (للكاظمي): الوصيّة / حال الأولاد ذيل الآية الأُولى ج ٣ ص ١٢٩.

(١٠) منتهى المطلب: الجهاد / أحكام الأُسارى ج ١٤ ص ٢٠٢.

(١١) كشف الرموز: كتاب الحجر ج ١ ص ٥٥٢.

(١٢) تلخيص الخلاف: الحجر / مسألة ٢ ج ٢ ص ١١٩.

(١٣) هذا الكتاب غير متوفّر.

(١٤) مختلف الشيعة: الديون / في الحجر ج ٥ ص ٤٣١.

(١٥) المهذّب البارع: كتاب الحجر ج ٢ ص ٥١٣.

(١٦) هذا الكتاب غير متوفّر.

(١٧) عوالي اللالي: باب الحجر ج ٣ ص ٢٣٩ (الهامش).

ضعف مأخذه وشدّة وهنه وشذوذه.

على أنّه لو تطرّق المنع إلى الإجماع من خلافه وخلاف بعض متأخّري المتأخّرين[1] فلا ارتياب في تحقّقه فيما بينهما، حيث ارتفع الخلاف من زمن ابن زهرة إلى زمن ثاني الشهيدين، كما تشهد به تصانيفهم المضبوطة، بل قطع بعضهم بالحكم ولم يعتدّ بخلافه فحكى الإجماع[2] بل نفى الخلاف[3].

فلا ينبغي للفقيه التردّد ـ بعد ذلك ـ في فساد قوله، بل وما حدث في هذه الأزمنة المتأخّرة، خصوصاً بعد ملاحظة غير ذلك من الأدلّة من الاستصحاب؛ فإنّ الأصل عدم البلوغ والتكليف وبقاء الحجر والولاية ما لم يعلم الناقل عنه، ولا يعلم إلّا بإكمال الخمسة عشر، فيكون بلوغاً دون ما قبله.

ولا وجه للمناقشة في الاستصحاب هنا بعد كون المطلوب منه إثبات الحكم؛ إذ المشتبه حكم السنّ المعلوم، لا أصل السنّ المعلوم الحكم؛ ضرورة اقتضاء الاستصحاب فيه نفي الأكثر، فالموضوع والحكم هنا متعاكسان في الاستصحاب.

فلو علم سنّ البلوغ ولم يعلم بلوغ ذلك السنّ فمقتضى الاستصحاب

---

(١) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الحجر / المطلب الأوّل ج ٩ ص ١٨٩ فما بعدها، والسبزواري في الكفاية: الحجر / في موجباته ج ١ ص ٥٨١ ـ ٥٨٢.

(٢) تقدّمت الإشارة إلى نقل الإجماع آنفاً.

(٣) يستفاد من آخر عبارة الطباطبائي، انظر المصابيح: الصلاة / مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر ورقة ١١٦ (مخطوط).

↑ ج٢٦/١٦ نفي الأكثر، بخلاف ما لو بلغ سنّاً ولم يعلم أنّه بلوغ، فإنّ الأصل عدم البلوغ كما عرفت، ومقتضاه نفي الأقلّ.

اللّهمّ إلّا أن يقال ـ كما أومأنا إليه سابقاً ـ: إنّ البلوغ شرعاً هو بلوغ الحلم، فيكون حالة طبيعيّة مخصوصة في الإنسان بل مطلق الحيوان، وجميع ما ذكر علامة له فهو كاشف عن الوصول إليها حتّى السنّ، فيكون المشتبه حينئذٍ: الموضوع، والمنفي بالاستصحاب: الأقلّ؛ إذ الأصل عدم بلوغ الحدّ الكاشف.

لكنّه خلاف ما عليه الأصحاب من أنّ السنّ بلوغ في الشرع، وإن كانت العلّة فيه كشفه عن غيره، ومتى كان كذلك فالمشتبه الحكم دون الموضوع. وموضوعيّة البلوغ لبعض الأحكام لا ينافي(١) كونه حكماً؛ لأنّ الحكم قد يكون موضوعاً لحكم آخر، ولا استحالة في ذلك مع اختلاف الجهة، ومثله كثير.

فالاستصحاب بجميع وجوهه المذكورة حينئذٍ حجّة في المسألة، وإن كان ألصقها بالمدّعى وأغناها عن الضمائم: استصحاب عدم البلوغ، فإنّه نفي صريح والمطلوب منه عين المستصحب دون لازمه، والتمسّك به لا يتوقّف على ضميمة عدم القول بالفصل ونحوه.

على أنّه من الأُمور القارّة الثابتة كغيره، وإضافته إلى ما يرجع إلى الزمان لا يخرجه عن القرار، فمعنى أصل عدم البلوغ: أنّ الأصل عدم

(١) الأولى التعبير بـ «لا تنافي».

حضور زمان البلوغ، لا بقاء زمان عدم البلوغ، واستصحاب غير القارّ إنّما يلزم لو أُريد الثاني دون الأوّل.

وقد يتمسّك[١] بأصل البراءة من التكليف على المطلوب، لا لكونه حادثاً منفيّاً بأصل العدم؛ لرجوعه إلى الاستصحاب ـ ولا للأصل الشرعي المستفاد من نحو قولهم: «كلّ شيء مطلق حتّى يرد فيه نهي»[٢]، و «الناس في سعة ما لم يعلموا»[٣] وغيرهما[٤]؛ فإنّ المفهوم من ذلك سقوط التكليف، كما يظهر بالتدبّر ـ بل لأنّ التكليف فرع البيان، وهو مفقود في محلّ النزاع.

ودعوى[٥]: وجود البيان وهو الخطاب العامّ الصالح لكلّ مميّز، يدفعها: أنّه مشروط بالبلوغ، ولم يثبت قبل إكمال الخمسة عشر. اللّهمّ
إلّا أن يمنع الشرطيّة على وجهٍ ينافي الاستدلال بالعمومات في المجهول، وفيه بحث ذكرناه في غير المقام. ج ٢٦ / ١٧

والأمر سهل بعد الغنية عن ذلك بما سمعته أوّلاً، ومضافاً إلى ظاهر الكتاب، كقوله تعالى: «وابتلوا اليتامى حتّى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم»[٦]؛ ضرورة دلالته بمفهومه على انتفاء

---

(١) كما في المصابيح في الفقه: (انظر الهامش قبل السابق: ورقة ١١٧).

(٢) من لا يحضره الفقيه: الصلاة / باب وصف الصلاة ح ٩٣٧ ج ١ ص ٣١٧، وسائل الشيعة: باب ١٩ من أبواب القنوت ح ٣ ج ٦ ص ٢٨٩.

(٣) عوالي اللآلي: المسلك الثالث من الباب الأوّل ح ١٠٩ ج ١ ص ٤٢٤.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ج ١٥ ص ٣٦٩.

(٥) ذكرت في كلام الطباطبائي وأجاب عنها، انظر «المصابيح» المتقدّم قريباً.

(٦) سورة النساء: الآية ٦.

الحكم بالدفع ـ المشروط بإيناس الرشد ـ بانتفاء بلوغ النكاح، فهو متناول لأسنان التمييز وحدود الابتلاء التي هي في الغالب من العشر إلى الخمسة عشر، وأحقّها بالدخول سنّ الاحتلام وتوقّع بلوغ النكاح، وهي من الثانية عشر إلى السادسة عشر، إلّا أنّ الإجماع على خروجها، فيتعيّن كون الخمسة عشر هي البلوغ بحسب السنّ.

وربّما نوقش بـ«أنّ (إذا) قد تخرج عن الظرفيّة فلا تكون شرطاً، ومنه المقام، فإنّ المراد: وابتلوا اليتامى إلى وقت بلوغ النكاح، وحينئذٍ فلا دلالة فيها على الاشتراط المزبور»(١).

ويدفعه: ـ بعد تسليم خروجها عن الظرفيّة ـ أنّه نادر جدّاً لا يحمل عليه التنزيل، بل يقتضي انقطاع الابتلاء بالبلوغ، وليس كذلك كما ستعرف؛ لاستمراره إلى ظهور الرشد أو اليأس منه، بل ذلك مع ظهور كون المراد إيناس الرشد المسبّب عن الابتلاء المأمور به السابق على البلوغ.

ومقتضى ذلك: الحجر على البالغ الرشيد إذا لم يؤنس منه رشد قبل البلوغ، وارتفاعه عمّن لم يبلغ إذا أُونس منه الرشد؛ لانتفاء الشرط في الأوّل ووجوده في الثاني؛ إذ المراد بالأمر بالابتلاء إلى بلوغ النكاح حصوله قبله، لا استمراره إليه؛ لأنّ الابتلاء متى وجد وتبيّن به الحال لم يتكرّر، فالمرّة تكفي في هذا الأمر.

ولو بني الكلام في الشرط على خلاف الظاهر؛ فإمّا أن يراد به

(١) ذكرت المناقشة وأُجيب عنها في كلام الطباطبائي: (انظر الهامش قبل السابق).

إيناس الرشد مطلقاً أو إيناسه بعد البلوغ. ويلزم على الأوّل: جواز دفع المال إلى غير البالغ إذا ابتلي وأُونس منه الرشد، وإهماله بدونه إلى أن يظهر الرشد بنفسه وإن طال الزمان وسهل الاختبار. وأمّا الثاني فمع
ج ٢٦ / ١٨ حصول المطلوب يلزمه جواز الإهمال، كما في الأوّل.

فبان من ذلك كلّه: أنّ «إذا» في الآية ظرف على الأصل فيه، وأنّ الكلام لا ينتظم إلّا به والمعنى لا يستقيم بدونه، فسقط احتمال خروجها عن الظرفيّة.

نعم، على الظرفيّة يحتمل الخروج عن الشرطيّة بتقدير العامل: وابتلوا اليتامى حتّى إذا بلغوا النكاح نظرتم، أو ابتلوهم حتّى تنظروا في وقت بلوغهم النكاح، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم.

وهذا وإن صحّ وصحّ الاستدلال به، غير أنّه يستدعي تقديراً في الكلام وخروجاً عن الظاهر في «إذا» من تضمّنها معنى الشرط في الغالب.

ومن هنا قال الفاضل الطباطبائي: «الأصوب أن تكون (إذا) للشرط كما هو الأصل فيها، وجوابها مجموع الشرط والجزاء، وهو قوله: (فإن آنستم). و (حتّى) حرف ابتداء، وغايتها مضمون الجملة التي بعدها، وهو دفع المال عقيب إيناس الرشد الواقع عقيب بلوغ النكاح».

«وإنّما كان كذلك لأنّ دفع المال في الآية مشروط بإيناس الرشد، فيكون مؤخّراً عنه، وهذا الدفع المشروط بالإيناس مشروط بالبلوغ،

فيكون المشروط بشرطه المتقدّم عليه متأخّراً عن البلوغ الذي هو شرط فيه».

«وترتّب الشروط بحسب الوقوع ترتيبها في الذكر، فإنّها في الآية قد وقعت على التوالي. ولو تعاكست كان الشرط المتقدّم في الذكر مؤخّراً في الوجود، والمؤخّر في الذكر مقدّماً في الوجود».

«فلو أردت نقل المضمون إليه قلت: (ادفعوا إليهم أموالهم إن رشدوا إن بلغوا) ولا يصحّ (إن بلغوا إن رشدوا) لأنّه يقتضي أن يكون الرشد شرطاً في البلوغ، والأمر بالعكس. ومن ثمّ لو قال قائل: (لله عليَّ نذر إن شربت إن أكلت) فأكل ثمّ شرب التزم، بخلاف ما لو شرب ثمّ أكل، ولو عكس انعكس»[1].

قلت: هو جيّد، لكن قد يقال: المنساق من الآية أنّهما معاً شرطان مستقلّان في الدفع، لا أنّ أحدهما شرط في الآخر، كالمثال الذي ضربه، فتأمّل جيّداً.

وعلى كلّ حال فالمناقشة المزبورة واضحة الدفع، كالمناقشة[2] في أصل حجّيّة مفهوم الشرط، وفي عمومه، وفي خصوص «إذا» من أدواته، بل وغيرها ممّا هو ليس بعريق في الشرطيّة، بخلاف «إن»، ↑
وبأنّه لو سلّم ذلك كلّه فإنّما يقتضي المفهوم عدم وجوب الدفع ج ٢٦ / ١٩

(١) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر ورقة ١١٧ (مخطوط).

(٢) وردت في المصابيح مع جوابها: (انظر الهامش السابق).

لا حرمته.

ضرورة اندفاع الأُولى ـ بل والثانية ـ بما حرّرناه في الأُصول، والعرف أعدل شاهد به.

والثالثة: بأنّه لا فرق بين «إن» وغيرها من أدوات الشرط؛ لابتناء العموم على أنّ الاختصاص بمورد الشرط يقتضي الانتفاء في غيره، فيعمّ. وليس الحكم في المنطوق بعموم الإثبات ليكون المفهوم سلب العموم، بل بنفس الإثبات في محلّ النطق، ومفهومه السلب عمّا عداه، ويلزمه عموم السلب. وهذا المعنى لا يتفاوت في الأدوات، كأصل المفهوم. وكلمات الأصحاب في الأُصول والفروع شاهدة بذلك وأنّه لا فرق بينها جميعها في ذلك كلّه.

وأمّا الرابعة: فواضحة بناءً على أنّ المفهوم في الشرط النهي ـ كما يقتضيه كلام بعضهم ومال إليه العلّامة الطباطبائي[1]، وربّما يشهد له العرف ـ بل وإن لم نقل بذلك وكان المراد من الأمر هنا رفع الحجر المفهوم من قوله [تعالى]: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم...»[2] إلى آخره، بل وإن لم يكن المراد منه ذلك، لكنّ المقام منحصر بين الوجوب والحرمة؛ إذ الخطاب للأولياء، والدفع إمّا أن يجب عليهم أو يحرم ولا ثالث لهما، فتكون الحرمة حينئذٍ من لوازم عدم الوجوب هنا.

---

(١) انظر الهامش قبل السابق: ورقة ١١٨.

(٢) سورة النساء: الآية ٥.

وكذا المناقشة[١] بـ«أنّ الاستدلال في الآية إنّما يتمّ لو أُريد ببلوغ النكاح حصول الإنزال ،أو صلاحيّة خصوص الشخص لأن ينزل بالوطء ونحوه، وهو غير متعيّن ؛ لاحتمال كون المراد بلوغ وقت الصلاحيّة للنكاح صلاحيّة نوعيّة وإن تخلّفت عن خصوص الشخص ، وهذا المعنى حاصل فيمن كان سنّه أربعة عشر ، بل وثلاثة عشر ، فلا دلالة في الآية على نفي البلوغ بهما» .

إذ يدفعها أوّلاً : أنّ بلوغ النكاح عرفاً هو أن يبلغ الصبي ويدرك ، وهو غير بلوغ زمان النكاح ؛ لصحّة سلب الأوّل عمّن ثبت له الثاني . وأقلّ ما يصدق معه ذلك صلاحيّة الشخص لأن ينكح ، وأمّا مجرّد القابليّة النوعيّة فلا يتحقّق معه الصدق عرفاً .

وثانياً : أنّه لو أُريد الزمان فالظاهر إرادة الوقت الذي يغلب فيه ذلك ↑ ج ٢٦
ويكثر ، والغلبة منتفية فيما دون الخمسة عشر ، فلا يتحقّق به بلوغ ٢٠
النكاح . وإرادة التحقّق في الجملة ولو على سبيل الندرة يقتضي صدق بلوغ النكاح بالاثني عشر ، بل بما دونه أيضاً ، بناءً على أنّ ما فوق العشرة من زمان إمكان الاحتلام ، كما ستعرف . ودعوى[٢] إرادة ما تجاوز حدّ الوقوع ولم يبلغ الغلبة لا دليل عليها ، بل هي تحكّم محض ، كما هو واضح .

---

(١) انظر الهامش قبل السابق .

(٢) وردت في المصابيح وأجيب عنها: (تقدّم المصدر آنفاً).

وقد ظهر من ذلك كلّه : أنّه لا إشكال في دلالة الآية على المطلوب ، بل منه ظهر دلالة قوله تعالى أيضاً : «وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم»[1] بالتقريب السابق ، فإنّ بلوغ الحلم كبلوغ النكاح يعتبر في صدقه القابليّة بحسب الشخص ، بل فعليّة الإنزال[2] إمّا مطلقاً أو مع التقييد بالمنام كالاحتلام . أمّا القابليّة النوعيّة ببلوغ السنّ الذي يتّفق فيه ذلك فلا يصدق معها بلوغ الحلم إلّا بتأويل أو تقدير ؛ لتبادر الغير وصحّة السلب ونصّ أهل اللغة ؛ فـ:

عن القاموس : «الحلم ـ بالضمّ ـ والاحتلام : الجماع في النوم»[3] .

والمصباح : «حلم الصبي واحتلم : أدرك وبلغ مبالغ الرجال ، فهو حالم ومحتلم»[4] .

بل عنه أيضاً : «أدرك الغلام : بلغ الحلم»[5] ، «وبلغ الصبي : احتلم وأدرك»[6] .

والغريبين : «أنّه أمر معاذاً أن يأخذ من كلّ حالم ديناراً ، قال أبو الهيثم : أراد بالحالم : كلّ من بلغ الحلم حلم أو لم يحلم ، ومنه الحديث : الغسل يوم الجمعة واجب على كلّ حالم»[7] .

---

(١) سورة النور: الآية ٥٩.

(٢) في بعض النسخ بعدها إضافة: مطلقاً.

(٣) القاموس المحيط: ج ٤ ص ١٣٨ (حلم).

(٤) المصباح المنير: ص ١٤٨ (حلم).

(٥) المصباح المنير: ص ١٩٢ (درك).

(٦) المصباح المنير: ص ٦١ (بلغ).

(٧) الغريبين: ج ٢ ص ٤٨٨ (حلم).

والمغرب: «حلم الغلام احتلم حلماً من باب طلب، والحالم: المحتلم في الأصل، ثمّ عمّ فقيل لمن بلغ مبالغ الرجال: حالم، وهو المراد في الحديث...»[١].

والنهاية: «أراد بالحالم في الحديث: من بلغ الحلم وجرى عليه حكم الرجال سواء احتلم أو لم يحتلم، ومنه الحديث: الغسل... ـ إلى آخره ـ وفي رواية: على كلّ محتلم؛ أي بالغ مدرك»[٢].

والظاهر إرادته من قوله: «وجرى عليه حكم الرجال» معنى: بلغ مبلغ الرجال، الذي عبّر به غيره، بل لو كان المراد كلّ من جرى عليه ↑
الحكم شرعاً فالمقصود بيان المعنى المراد دون حقيقة اللفظ، فإنّ ج ٢٦ / ٢١
الحقيقة اللغويّة لا تثبت بالحكم الشرعي.

أمّا ما عن الفائق في معنى الحديث: «قيل: المراد كلّ من بلغ وقت الحلم حلم أو لم يحلم»[٣] فالظاهر أنّه أراد بالقول ما تقدّم، وهو: ما حكاه الهروي عن أبي الهيثم[٤]، والمراد به وقت الإدراك والبلوغ بالاحتلام وشبهه دون السنّ، فلا ينافي ما قلناه.

وأمّا وجوب الاستئذان: فإنّه وإن قلّ من تعرّض له في كتب الفروع ـ ومن ثمّ لم يشتهر الحكم به بين الناس حتّى صار كالشريعة

---

(١) المغرب: ص ٧٧ (حلم).

(٢) النهاية (لابن الأثير): ج ١ ص ٤٣٤ (حلم).

(٣) الفائق: ج ١ ص ٣٠٤ (حلم).

(٤) تقدّم ضمن عبارة «الغريبين».

المنسوخة ـ لكن عن التبيان[١] ومجمع البيان[٢] وروض الجنان[٣] وكنز العرفان[٤] وآيات الأحكام[٥] والمسالك الجواديّة[٦] وقلائد الدرر[٧] النصّ عليه.

ويدلّ عليه: مضافاً إلى أمر الكتاب الذي هو أحقّ الأوامر بالإيجاب.

وإطلاق النهي في قوله تعالى: «لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم...»[٨] إلى آخره.

وما في التهجّم على المساكن المختصّة من الأذيّة والخروج عن الآداب العقليّة والشرعيّة.

صحيح ابن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات[٩] ـ إلى آخر الآية ـ ومن بلغ الحلم منكم فلا يلج على اُمّه ولا على اُخته وابنته ولا على من

---

(١) التبيان: ذيل الآية ٥٩ من سورة النور ج ٧ ص ٤٦١.

(٢) مجمع البيان: ذيل الآية ٥٩ من سورة النور ج ٧ ص ١٥٤.

(٣) روض الجنان: ذيل الآية ٥٩ من سورة النور ج ٨ ص ٢٤٣.

(٤) كنز العرفان: النكاح / ذيل الآية الرابعة من النوع الرابع ج ٢ ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦.

(٥) زبدة البيان: النكاح / ذيل الآية الثالثة من النوع الرابع ص ٥٥٠.

(٦) مسالك الأفهام: النكاح / ذيل الآية الثالثة من النوع السابع ج ٣ ص ٢٨٩.

(٧) نقله عنه الطباطبائي في المصابيح: الصلاة / مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر ورقة ١١٨ (مخطوط).

(٨) سورة النور: الآية ٢٧.

(٩) سورة النور: الآية ٥٨.

سوى ذلك إلّا بإذن ...»[١].

ونحوه خبر جرّاح المدائني عن الصادق عليه السلام[٢].

وصحيح أبي أيّوب عنه [عليه السلام] أيضاً: «ويستأذن الرجل إذا دخل على أبيه، ولا يستأذن على الابن، قال: ويستأذن الرجل على ابنته وأُخته إذا كانتا متزوّجتين»[٣].

وخبر الحلبي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يستأذن على أبيه؟ ↑ ج ٢٦ / ٢٢
فقال: نعم، قد كنت أستأذن على أبي وليست أُمّي عنده، وإنّما هي امرأة أبي، توفّت أُمّي وأنا غلام، وقد يكون من خلوتهما ما لا أُحبّ أن أفجأهما عليه، ولا يحبّان ذلك منّي، والسلام أحسن وأصوب»[٤]. بناءً على ما هو الظاهر من كون السؤال عن الوجوب لا الجواز، فإنّه لا يسأل عنه، والتعليل لا ينافيه بل يؤكّده.

---

(١) الكافي: النكاح / باب (بعد باب الدخول على النساء) ح ٣ ج ٥ ص ٥٣٠، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ١٢١ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١، وذيله في باب ١٢٠ منها ح ٤ ج ٢٠ ص ٢١٦ و ٢١٧.

(٢) الكافي: (انظره في الهامش السابق: ح ١ ص ٥٢٩)، وسائل الشيعة: أورد بعضه في باب ١٢٠ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٢، وبعضه في باب ١٢١ منها ح ٣ ج ٢٠ ص ٢١٥ و٢١٨.

(٣) الكافي: النكاح / باب الدخول على النساء ح ٣ ج ٥ ص ٥٢٨، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ١١٩ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١، وذيله في باب ١٢٠ منها ح ١ ج ٢٠ ص ٢١٤ و ٢١٥.

(٤) الكافي: (انظره في الهامش السابق: ح ٤)، وسائل الشيعة: باب ١١٩ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٢ ج ٢٠ ص ٢١٤.

وخبر جابر[١] عن أبي جعفر[عليه السلام] عن جابر بن عبدالله الأنصاري قال: «خرج رسول الله صلى الله عليه وآله يريد فاطمة عليها السلام وأنا معه، فلمّا انتهينا إلى الباب وضع يده عليه فرفعه[٢]، ثمّ قال: السلام عليكم، فقالت فاطمة: عليك السلام يا رسول‌الله، قال: أدخل؟ قالت: ادخل يا رسول‌الله، قال: أدخل أنا ومن معي؟ قالت: يا رسول الله ليس عليّ قناع، قال: يا فاطمة، خذي ملحفتك فقنّعي بها رأسك، ففعلت، ثمّ قال: السلام عليكم، فقالت فاطمة: عليك السلام يا رسول‌الله...».

«قال جابر: فدخل رسول الله صلى الله عليه وآله ودخلتُ، فإذا وجه فاطمة أصفر كأنّه بطن جرادة، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: مالي أرى وجهك أصفر؟ قالت: يا رسول‌الله الجوع، فقال رسول‌الله صلى الله عليه وآله: اللّهمّ مشبع الجوعة دافع الصفرة[٣] أشبع فاطمة بنت محمّد، قال جابر: فوالله نظرت إلى الدم ينحدر من قصاصها حتّى عاد وجهها أحمر، فما جاعت بعد ذلك»[٤].

وعن مجمع البيان: «روي أنّ رجلاً قال للنبيّ صلى الله عليه وآله: أستأذن على أُمّي؟ فقال: نعم، قال: إنّها ليس لها خادم غيري، أفأستأذن عليها كلّما دخلت؟ قال: تحبّ أن تراها عريانة؟ قال الرجل: لا، قال: فاستأذن

---

(١) وردت في الكافي، وفي الوسائل أنهى سلسلة السند إلى عمرو بن شمر.

(٢) في الوسائل ومتن الكافي: فدفعه.

(٣) في المصدر بدلها: الضيعة.

(٤) الكافي: النكاح / باب الدخول على النساء ح ٥ ج ٥ ص ٥٢٨، وسائل الشيعة: باب ١٢٠ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٣ ج ٢٠ ص ٢١٥.

عليها»[١].

وعن الكشّاف: «وكان أهل الجاهليّة يقول الرجل منهم إذا دخل بيتاً غير بيته: حيّيتم صباحاً وحيّيتم مساءً، ثمّ يدخل، فربّما أصاب الرجل مع امرأته في لحاف واحد، فصدّ الله عن ذلك وعلّم الأحسن والأجمل».

«وكم من باب من أبواب الدين هو عند الناس كالشريعة المنسوخة قد تركوا العمل به؟! وباب الاستئذان من ذلك؛ بينما أنت في بيتك إذ ↑ ج ٢٦
رعف[٢] عليك الباب واحد من غير استئذان ولا تحيّة من تحايا إسلام ولا جاهليّة، وهو ممّن سمع ما أنزل الله فيه وما قال رسول الله صلى الله عليه وآله، ولكن أين الأُذن الواعية؟!»[٣]. ٢٣

وعنه أيضاً في تفسير قوله [تعالى]: «والذين لم يبلغوا الحلم منكم» ما حاصله: إنّ حكم الأطفال ذلك، فإن خرجوا عن حدّ الطفوليّة بالاحتلام أو بلوغ السنّ وجب أن يفطموا عن تلك العادة، ويحملوا على أن يستأذنوا في جميع الأوقات كالرجال الكبار الذين لم يعتادوا الدخول عليكم إلّا بإذن، وهذا ممّا الناس في غفلة عنه وهو عندهم كالشريعة المنسوخة...»[٤] إلى آخره. إلى غير ذلك من النصوص

---

(١) مجمع البيان: ذيل الآية ٢٧ من سورة النور ج ٧ ص ٢١٣، ونقل قريباً منه في مستدرك الوسائل: باب ٩٢ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٤ ج ١٤ ص ٢٨٢.

(٢) في بعض النسخ: رفع.

(٣) تفسير الكشّاف: ذيل الآية ٢٧ من سورة النور ج ٣ ص ٢٢٧.

(٤) تفسير الكشّاف: ذيل الآية ٥٩ من سورة النور ج ٣ ص ٢٥٤.

المرويّة عند الفريقين.

هذا كلّه حكم من بلغ الحلم.

أمّا من لم يبلغه فلا يجب عليهم الاستئذان مطلقاً، أمّا في غير العورات الثلاث فظاهر؛ للأصل ونصّ الكتاب والسنّة. وأمّا فيها فلأنّ إيجاب الاستئذان تكليف، ولا تكليف على غير البالغ، ولاشتراط الإيجاب بالبلوغ، فينتفي بانتفائه مطلقاً؛ عملاً بعموم المفهوم.

وعن التبيان: أنّه حكى عن الجبائي القول بوجوب الاستئذان على المميّزين في الأوقات الثلاثة، أخذاً بظاهر الأمر. قال: «وقال قوم: في ذلك دلالة على أنّه يجوز أن يؤمر الصبي؛ لأنّه أمره بالاستئذان»[1]. والجميع كما ترى.

ويدلّ على المطلوب أيضاً ـ بالتقريب السابق ـ: عموم الأحاديث الدالّة على رفع القلم عن الصبي حتّى يحتلم[2]، وأنّ انقطاع يُتم اليتيم الاحتلام[3].

كلّ ذلك، مضافاً إلى النصوص الدالّة عليه بالخصوص؛ فـ:

منها: النبوي المرسل في محكيّ الخلاف[4] والتذكرة[5]: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه، وأُخذ منه

---

(١) التبيان: ذيل الآية ٥٨ من سورة النور ج ٧ ص ٤٦٠.

(٢) تقدّم في ص ٢٠ ـ ٢١.

(٣) تقدّم في ص ٢١.

(٤) الخلاف: الحجر / مسألة ٢ ج ٣ ص ٢٨٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٩٦.

الحدود».

والآخر: «إنّ عبدالله بن عمر عرض عليه عام بدر وهو ابن ثلاث عشرة سنة فردّه، وعرض عليه عام أُحد وهو ابن أربع عشرة سنة فردّه ولم يره بالغاً، وعرض عليه عام الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه في المقاتلة»[1].

بل قيل: «إنّ الثاني منهما مشهور، رواه جماعة من أرباب المغازي ↑ ج ٢٦ / ٢٤
والسير ممّن يوثق بنقلهم»[2].

وعن عيون الأثر: «إنّ عمر بن عبدالعزيز لمّا حدّث به دعا كاتبه فقال: أعجل عليَّ كاتباً للأمصار كلّها، فإنّ رجالاً يقدمون إليَّ يستفرضون لأبنائهم وإخوانهم، فانظروا من فرضت له، فاسألوهم عن أسنانهم، فمن كان منهم ابن خمس عشرة سنة فافرضوا له واقضوا لهم في المقاتلة، ومن كان دون ذلك فافرضوا لهم في الذرّيّة»[3].

وفيه: أنّه صلى الله عليه وآله عرض عليه يوم أُحد أُسامة بن زيد وزيد بن ثابت وأُسيد بن ظهير فردّهم، ثمّ أجازهم يوم الخندق وهم أبناء خمس عشرة سنة، وإنّ من جملة من ردّ في ذلك اليوم البراء بن عازب

---

(١) انظر «الخلاف» المتقدّم في الهامش قبل السابق، و«التذكرة» في الهامش السابق: ص ١٩٥ ـ ١٩٦.

(٢) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر ورقة ١١٩ (مخطوط).

(٣) عيون الأثر: ج ١ ص ٤١٠ ـ ٤١١.

وأبو سعيد الخدري وزيد بن أرقم(١).

ومنها: صحيح ابن محبوب عن عبدالعزيز العبدي عن حمزة ابن حمران(٢) قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامّة وتقام عليه ويؤخذ بها؟ فقال: إذا خرج عنه اليتم وأدرك».

«قلت: فلذلك حدّ يعرف؟ فقال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو أنبت قبل ذلك أُقيمت عليه الحدود التامّة وأُخذ بها وأُخذت له».

«قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامّة وتؤخذ بها وتؤخذ لها؟ قال: إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم، ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع وأُقيمت عليها الحدود التامّة وأُخذ لها وبها».

«قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»(٣).

وهو مع صراحته في المطلوب وانجباره بالشهرة العظيمة ومحكيّ

---

(١) المصدر السابق.

(٢) في الكافي بعدها إضافة «عن حمران».

(٣) الكافي: الحدود / باب حدّ الغلام والجارية ح ١ ج ٧ ص ١٩٧، مستطرفات السرائر: كتاب الحسن بن محبوب ح ٣٤ ص ٨٦، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ٢ ج ١ ص ٤٣.

الإجماع أو محصّله لا قدح في سنده ؛ إذ حمزة ـ مع كونه من آل أعين المعلوم جلالتهم وعظم منزلتهم في الشيعة ـ سديد الحديث كثير الرواية ، قد روى عنه الأجلّاء ، كعبد الله بن مسكان وابن بكير وابن أبي عمير والحسن بن محبوب ، بل في بعض طرق كتابه صفوان ابن يحيى ، وهم من أصحاب الإجماع[1]. ج ٢٦ / ٢٥

وما عن ظاهر النجاشي[2] ورسالة أبي غالب الزراري[3]: من أنّه من أصحاب الصادق عليه‌السلام خاصّة، وربّما يؤيّده: أنّ الخبر في الوسائل[4] والوافي[5] عن حمزة بن حمران عن حمران عن أبي جعفر عليه‌السلام .

يدفعه : تصريح غيره بأنّه من أصحابهما معاً وإن كان روايته عن الصادق عليه‌السلام أكثر وأشهر[6] ، فلا إرسال حينئذٍ في الخبر المزبور .

وفي مصابيح العلّامة الطباطبائي أنّ «الذي وجدته في بعض النسخ المصحّحة من الكافي[7] والتهذيب[8] رواية حمزة بن حمران عنه عليه‌السلام ،

---

(١) منتهى المقال: رقم ١٠١١ ج ٣ ص ١٣٢.

(٢) رجال النجاشي: رقم ٣٦٥ ص ١٤٠.

(٣) رسالة أبي غالب الزراري: ص ٣ ـ ٤.

(٤) انظر «الوسائل» المتقدّم آنفاً.

(٥) الوافي: الحدود / باب ٤٤ ح ٥ ج ١٥ ص ٣٠٠.

(٦) عدّه الشيخ في أصحاب الباقر والصادق عليهما‌السلام. انظر رجال الطوسي: رقم ١٣٦٧ و ٢٣٤٨ ص ١٣٢ و ١٩٠.

(٧) تقدّم المصدر آنفاً. وتقدّمت الإشارة إلى أنّ في نسختنا من الكافي أُثبتت عبارة «عن حمران».

(٨) الموجود فيه إثبات «عن حمران». انظر تهذيب الأحكام: الحدود / باب ١ حدود الزنا ح ١٣٢ ج ١٠ ص ٣٧.

وقد رواه في المستطرفات[١] كذلك، وكأنّه الأصحّ»[٢].

على أنّ حمران بن أعين ـ أبو حمزة ـ أجلّ من أن يتعرّض لبيان حاله، فالرواية لا قدح فيها من هذه الجهة.

نعم، عبد العزيز لم ينصّ عليه بمدح ولا ذمّ، لكنّ رواية الحسن بن محبوب عنه ـ وخصوصاً في كتاب المشيخة[٣] المعروف بالاعتماد ـ قد يحصل منه الظنّ بعدالته، كلّ ذلك مضافاً إلى الاعتضاد بما عرفت.

ومنها: حسن يزيد الكناسي أو صحيحه عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم وزوّجت وأُقيمت عليها الحدود التامّة ولها. قال: قلت: الغلام إذا زوّجه أبوه ودخل بأهله وهو غير مدرك، أتقام عليه الحدود وهو على تلك الحال؟ قال: فقال: أمّا الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا، ولكن يجلد في الحدود كلّها على مبلغ سنّه، فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة، فلا تبطل حدود الله في خلقه، ولا تبطل حقوق المسلمين بينهم»[٤].

---

(١) تقدّم المصدر عند نقل الرواية آنفاً.

(٢) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر ورقة ١١٩ (مخطوط).

(٣) كما أشار إلى ذلك ابن إدريس في المستطرفات أنّه أخذه من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب، وقد تقدّم المصدر.

(٤) الكافي: الحدود / باب حدّ الغلام والجارية ح ٢ ج ٧ ص ١٩٨، تهذيب الأحكام: الحدود / باب ١ حدود الزنا ح ١٣٣ ج ١٠ ص ٣٨، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب مقدّمات الحدود ح ١ ج ٢٨ ص ٢٠.

وحسنه[١] الآخر أو صحيحه في حديث : «قلت لأبي جعفر عليه‌السلام : ... أفيقام عليها الحدود وتؤخذ بها وهي في تلك الحال ، إنّما لها تسع سنين ولم تدرك مدرك النساء في الحيض ؟ قال : نعم ، إذا دخلت على زوجها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع إليها مالها وأُقيمت الحدود التامّة عليها ولها» .

«قلت : فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية ؟ فقال : يا أبا خالد ، ج ٢٦ / ٢٦
إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك ، كان الخيار له إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك ...» .

«قلت : فإن زوّجه أبوه ودخل بها وهو غير مدرك ، أيقام عليه الحدود وهو في تلك الحال ؟ قال : أمّا الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا ، ولكن يجلد في الحدود كلّها على قدر مبلغ سنّه ، فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة ...»[٢] الحديث .

ومنها : صحيح ابن وهب : «سألت أبا عبدالله عليه‌السلام : في كم يؤخذ الصبي بالصيام ؟ قال : ما بينه وبين خمس عشرة سنة وأربع عشرة سنة ، فإن هو صام قبل ذلك فدعه»[٣] . بناءً على إرادة معنى «أو» من الواو

---

(١) في متن الوسائل: «بريد الكناسي» وأشير إلى ماهنا بعنوان نسخة.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها ح ٢٠ ج ٧ ص ٣٨٢. الاستبصار: النكاح / باب ١٤٥ أنّ الأب إذا عقد ح ٥ ج ٣ ص ٢٣٧. وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب عقد النكاح ح ٩ ج ٢٠ ص ٢٧٨.

(٣) تهذيب الأحكام: الصيام / باب ٧٢ الزيادات ح ٨٠ ج ٤ ص ٣٢٦. وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم ذيل ح ١ ج ١٠ ص ٢٣٤.

فيها، بل عن النهاية[١] روايته بها[٢]، بل لابدّ من كون المراد ذلك؛ لاستحالة الجمع هنا كما هو ظاهر.

وحينئذٍ فمقتضى السياق والترديد كون ما تقدّم عليهما وقتاً للتمرين والأخذ على سبيل التأديب، فيكون البلوغ حينئذٍ بأحدهما، ويمتنع أن يكون الأقلّ؛ وإلّا لم يكن الزمان المتوسّط بينه وبين الأكثر تمرينيّاً، فيتعيّن كونه الأكثر.

ولعلّ النكتة في الترديد: التنبيه على الفرق بين المتوسّط بينهما والمتقدّم عليهما في التضييق وعدمه بالنسبة إلى التمرين، فإنّ الصبي يضيّق عليه فيما بين الأربعة عشر والخمسة عشر، بخلاف ما تقدّم من الزمان، فإنّه لا يضيّق عليه لبعده عن البلوغ.

ومنها: صحيحه الآخر: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: في كم يؤخذ الصبي بالصلاة؟ فقال: فيما بين سبع سنين وستّ سنين، قلت: وفي كم يؤخذ بالصيام؟ قال: فيما بينه وبين خمس عشرة سنة وأربع عشرة سنة، فإن هو صام قبل ذلك فدعه، ولقد صام ابني فلان قبل ذلك فتركته»[٣]. بالتقريب السابق.

---

(١) الذي نقله الطباطبائي في مصابيحه: «الفقيه» وهو مطابق للمصدر. انظر من لا يحضره الفقيه: الصوم / باب الحدّ الذي يؤخذ فيه الصبيان بالصوم ح ١٩٠٦ ج ٢ ص ١٢٢.

(٢) روى عن عاصم بن حميد عن أبي حمزة الثمالي عن الباقر عليه السلام: «في ثلاث عشرة سنة أو أربع عشرة سنة». النهاية: القضايا / باب جامع في القضايا ج ٢ ص ٨٦.

(٣) الكافي: الصيام / باب صوم الصبيان ح ٢ ج ٤ ص ١٢٥، وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم ح ١ ج ١٠ ص ٢٣٣.

ج ٢٦ / ٢٧ ومنها: المروي في المحكي عن الخصال بإسناده عن العبّاس بن عامر عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «يؤدّب الصبي على الصوم فيما بين خمس عشرة سنة إلى ستّة عشرة سنة»[1].

ومنها: مرسل المقنع: «روي: أنّ الغلام يؤخذ بالصيام ما بين أربع عشر إلى ستّة[2] عشر سنة، إلّا أن يقوى قبل ذلك»[3].

وإرسالهما غير قادح بعد الانجبار بما عرفت، وهما صريحان في المطلوب؛ إذ المراد من «الخمسة عشر» نصّاً وفتوى ما هو المنساق منهما من إكمال العدد لا الدخول فيه، وبه صرّح غير واحد[4]، بل نسبه جماعة إلى المشهور[5]، بل عن مجمع البيان[6] وظاهر التذكرة[7] والمسالك الجواديّة[8]: نسبته إلى أصحابنا، بل عنهما[9]

(١) الخصال: أبواب الخمسة عشر ح ٣ ص ٥٠١. وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم ح ١٣ ج ١٠ ص ٢٣٧.

(٢) في متن المصدر بدلها: خمس.

(٣) المقنع: باب الوقت الذي يؤخذ الصبي فيه بالصوم ص ١٩٥. ورواه ـ بدون «إلى ستّة عشر سنة» ـ في وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم ح ١٤ ج ١٠ ص ٢٣٧.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: الحجر / في الصغير ج ٥ ص ١٨٢. والشهيد الثاني في الروضة: الصوم / المسألة الخامسة عشرة ج ٢ ص ١٤٤.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / المطلب الأوّل ج ٩ ص ١٨٧. كفاية الأحكام: الحجر / في موجباته ج ١ ص ٥٨١.

(٦) مجمع البيان: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ٣ ص ٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: الحجر / مسألة ٤٠٥ ج ١٤ ص ١٩٨.

(٨) مسالك الأفهام (للكاظمي): الوصيّة / حال الأولاد ذيل الآية الثانية ج ٣ ص ١٢٩.

(٩) يوجد خلل في النقل، منشؤه الإسقاط لعبارة من «المصابيح» الذي هو المعتمد في النقل ←

وكنز الفوائد[١]: «أنّه لا يكفي في البلوغ الطعن في الخامسة عشر؛ عملاً بالاستصحاب وفتوى الأصحاب». وزاد في الأوّلين[٢]: «أنّ الاكتفاء به وجه للشافعيّة، منشؤه توهّم صدق اسم العدد بالدخول فيه».

وعلى كلّ حال، فلا ريب في أنّ المفهوم من كلام الأصحاب اعتبار الإكمال وأنّه لا يكفي الدخول، وبذلك يتّضح دلالة المرسلين المتقدّمين.

كما أنّه اتّضح لك قوّة القول المشهور وأنّه يدلّ عليه الكتاب والسنّة والعقل، وقد يقال: والإجماع؛ إذ المسألة وإن كان قد يتوهّم أنّها سداسيّة الأقوال ـ الخمس عشر دخولاً وكمالاً، وكذا الأربع عشر، وكمال الثلاث عشر، والعشر ـ لكنّ التحقيق أنّه ليس فيها إلّا قولان، أحدهما: المشهور وهو كمال الخمس عشر، والثاني: قول ابن الجنيد وهو كمال الأربع عشر.

أمّا القول بالدخول في الخمس عشر: فلم نعرف القائل به، نعم عن

← هنا. فإنّه بعد أن نقل عن مجمع البيان والتذكرة والمسالك الجواديّة النسبة إلى أصحابنا قال: «وفي التذكرة والمسالك وكنز الفوائد أنّه لا يكفي...» ومراده بالمسالك ليس المسالك الجواديّة بل مسالك الشهيد الثاني، كما أنّ قوله: «في الأوّلين» راجع إلى التذكرة ومسالك الشهيد الثاني. وهذا هو المطابق للموجود في المصادر. انظر «المصابيح» في الهامش الآتي، ومسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٤. نعم لم يذكر فيهما إلّا أنّه وجه للشافعيّة دون كون منشئه توهّم كذا.

(١) نقله عنه في المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر ورقة ١١٥ (مخطوط).

(٢) انظر الهامش قبل السابق.

الأردبيلي أنّه حكاه عن بعض أصحابنا واختاره[١]، وعن الكفاية موافقته في الحكاية دون الاختيار[٢].

لكنّ الظاهر أنّه وهم، خصوصاً بعد ما سمعت من التصريح بعدم الاكتفاء بالطعن فيها وأنّه لابدّ من إكمالها.

اللّهمّ إلّا أن يكون النظر في هذا القول إلى قول ابن الجنيد بالأربع عشر، بناءً على أنّ العلم بإكمالها لا يحصل إلّا بالدخول فيما بعدها.

لكن عليه يتّحد هذا القول مع قول ابن الجنيد؛ ضرورة كون اعتبار الدخول في الخمس عشر للعلم بحصول الحدّ، لا لاعتباره في أصل ↑ ج ٢٦ / ٢٨
التحديد، وكأنّ العدول في التعبير حينئذٍ للتنبيه على تأويل نصوص الخمس عشر بذلك.

وفيه حينئذٍ: ما عرفت من عدم قابليّة بعضها لذلك، وظهور الإجماع على خلافه.

وأمّا الدخول في الأربع عشر: فإنّه وإن كان قد يفهم من السيوري[٣] وابن فهد[٤] وابن أبي جمهور[٥] أنّه مذهب ابن الجنيد ـ حيث استدلّوا له بخبر ابن سنان[٦] الذي هو نصّ في ذلك ـ لكنّ التحقيق خلافه؛ إذ

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر / في المتعاقدين ج ٨ ص ١٥٣.

(٢) كفاية الأحكام: الحجر / في موجباته ج ١ ص ٥٨١.

(٣) التنقيح الرائع: كتاب الحجر ج ٢ ص ١٧٩ ـ ١٨٠.

(٤) المهذّب البارع: كتاب الحجر ج ٢ ص ٥١٣.

(٥) عوالي اللآلي: القسم الثاني / باب الحجر ج ٣ ص ٢٣٨.

(٦) تقدّم في ص ٢٧.

الأصل في حكاية قول ابن الجنيد الفاضل في المختلف[١]، والظاهر ممّا نقله إرادة الإكمال الذي هو المفهوم من العدد لغةً وعرفاً، وخصوصاً مع اقترانه بالقول المشهور الذي قد عرفت كون المراد منه ذلك.

وفي المصابيح: «وكأنّ منشأ التوهّم: احتجاج الفاضل له برواية الثمالي المتضمّنة لجريان الأحكام على الصبيان في ثلاث عشر وأربع عشر، ففهم السيوري منها تحديد البلوغ بالأخذ في الأربع عشر. وربّما ساعده قول المصنّف: (وفي رواية: من ثلاث عشر إلى أربع عشر) مشيراً إلى هذه الرواية كما هو الظاهر، ونظم إليها رواية ابن سنان المصرّحة بهذا المعنى واحتجّ بهما لابن الجنيد، بناءً على أنّ الاحتجاج برواية الثمالي واقع في كلامه كما توهمه عبارة المختلف، وتبعه على ذلك ابن فهد غير أنّه أورد الحديث بلفظ المتن، ظنّاً منه أنّه منقول فيه باللفظ، واقتفى أثرهما ابن أبي جمهور».

«ولا يخفى ما في ذلك كلّه من التساهل والتسامح؛ فإنّ استناد ابن الجنيد إلى رواية الثمالي غير معلوم، وإن أوردها العلّامة في المختلف حجّةً له، فإنّ من عادته فيه الاحتجاج للمذاهب بما يناسبها وإن لم يستند إليه القائل».

«وعلى تقدير الاستناد فالمعنى الذي أشار إليه المحقّق غير متعيّن في الحجّة؛ لجواز أن يكون الوجه فيها الأخذ بأكثر العددين، نظراً إلى

(١) مختلف الشيعة: الديون / في الحجر ج ٥ ص ٤٣١.

احتمال توهّم الراوي، ويؤيّده: العطف بـ(أو) في بعض النسخ».

«وعلى التعيين فلا ينافي ذلك إرادة الإكمال؛ لاحتمال أن يكون المراد انتهاء الاحتمال بانتهاء الأكثر، دون الطعن فيه».

«وعلى تقدير المنافاة فلا يتعيّن فيها الحمل على ما يطابق رواية ج ٢٦ / ٢٩
ابن سنان؛ فإنّها محتملة لإرادة البلوغ بإكمال الثلاثة عشر، وهو خلاف البلوغ بالدخول في الرابعة عشر».

«وبالجملة: فرواية الثمالي مضطربة اللفظ محتملة المعنى، فلا يصحّ الحكم بمطابقتها لرواية ابن سنان، ولا يصلح الاستناد إليها في تعيين مذهب ابن الجنيد وإن علم استناده إليها في القول المذكور، بل المتعيّن الرجوع في ذلك إلى ما يقتضيه الخلاف المحكي عنه في المسألة، وقد عرفت أنّه ظاهر في الإكمال، بل صريح فيه»[1]، هذا.

ولكن في المدارك: حكاية هذا القول من دون تعيين القائل[2]، بل عن المجمع[3] وقلائد الدرر[4] نسبته إلى ظاهر الصدوق، بل زاد الأوّل[5] نسبته إلى الشيخ في الاستبصار، ومال إليه سيّد المدارك[6]، بل عن

---

(١) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر ورقة ١١٥ (مخطوط).

(٢) مدارك الأحكام: الصوم / من يصح منه ج ٦ ص ١٥٩.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر / في المتعاقدين ج ٨ ص ١٥٣ ـ ١٥٤.

(٤) نقله عنها في المصابيح في الفقه: (تقدّم المصدر آنفاً: ورقة ١١٦).

(٥) انظر الهامش قبل السابق.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً.

بعض متأخّري المتأخّرين اختياره[١]، كما عن القاساني تقويته[٢]، والأردبيلي احتماله تارةً[٣] وتقويته أُخرى[٤].

وفيه: أنّه لم يتحقّق نسبته إلى الصدوق والشيخ، بل لعلّ المتحقّق منهما خلافه، فينحصر القائل حينئذٍ في بعض متأخّري المتأخّرين، وهو مسبوق بالإجماع.

وأمّا القول بالثلاث عشر: فإنّه ـ وإن حكاه في المسالك قولاً من دون تعيين[٥]، بل عن المجمع[٦] والكفاية[٧]: نسبته إلى ظاهر الشيخ في كتابي الأخبار، بل عن الأوّل: الظاهر أنّ غير الشيخ ذهب إلى ذلك أيضاً، وعن الثاني بعد إيراد ما تضمّن الثلاث عشر من النصوص: «وهذه أخبار معتبرة، فالعمل بمقتضاها متّجه» وظاهره القول به ـ لكن لا يخفى عليك أنّ مرجع هذا القول وسابقه إلى شيء واحد؛ لتوافقهما في الثمرة واتّحادهما في الدليل، بل لا يبعد أن يكون المراد بالأوّل أنّ حدّ البلوغ إكمال الثلاث عشر واعتبار الدخول في الأربع عشر مقدّمةً للعلم، نحو ما سمعته في الخمس عشر، والأمر في ذلك هيّن.

---

(١) كالسبزواري في الكفاية: الحجر / في موجباته ج ١ ص ٥٨١ ـ ٥٨٢.
(٢) مفاتيح الشرائع: الصلاة / مفتاح ٢ ج ١ ص ١٤.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الديون / أسباب الحجر ج ٩ ص ١٩٠.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر / في المتعاقدين ج ٨ ص ١٥٣.
(٥) مسالك الأفهام: الصوم / شروط صحّته ج ٢ ص ٤٩.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: الديون / أسباب الحجر ج ٩ ص ١٨٨ ـ ١٨٩.
(٧) كفاية الأحكام: الحجر / في موجباته ج ١ ص ٥٨٢.

وإنّما الكلام في إثبات هذا القول من أصله ؛ فإنّا لم نجد بـه قـائلاً معيّناً ، وكلام متأخّري الأصحاب في حكاية هذا القول وتعيين المحكي عنه لا يخلو من تلجلج واضطراب .

والمجتمع ممّا قالوه ـ بعد ردّ بعضه إلى بعض ـ: نسبة القول به إلى ↑ ج ٢٦ / ٣٠
ابن الجنيد وظاهر الشيخ والصدوق .

وقد عرفت أنّ مذهب ابن الجنيد كمال الأربع عشر .

والشيخ موافق للمشهور ؛ لنصّه عليه في مواضع من كتبه[١] ونقله في الخلاف إجماع الفرقة عليه[٢] . وإيراده نصوص الثلاث عشر في كتابي الأخبار[٣] ـ مع كونه معارضاً بمثله ـ لا يقتضي أن يكون ذلك مذهباً له ، وكذا إيراده حديث الثمالي في النهاية[٤] ، مضافاً إلى ما فيه من الإجمال المانع من تعيين المذهب . وما يوهمه الاستبصار من الأخـذ بـحديث عمّار[٥] مؤوّل بالضرورة ؛ لمخالفته الإجماع بل الضرورة .

وأمّـا الصـدوق : فـقد أورد فـي الخـصال[٦] والفـقيه[٧] ـ عـلى

---

(١) المبسوط: الصوم / في حقيقته ج ١ ص ٣٦٥، وكتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥١، تفسير التبيان: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ٣ ص ١١٧.

(٢) الخلاف: الحجر / مسألة ٢ ج ٣ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

(٣) تهذيب الأحكام: الصلاة / باب ١٨ الصبيان متى يؤمرون بالصلاة ح ٥ ج ٢ ص ٣٨٠، الاستبصار: الصلاة / باب ٤٧ الصبيان متى يؤمرون بالصلاة ح ٢ ج ١ ص ٤٠٨.

(٤) النهاية: القضايا / باب جامع في القضايا ح ٢٢ ج ٢ ص ٨٦.

(٥) انظره في الهامش قبل السابق: ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

(٦) الخصال: أبواب الثلاثة عشر ح ٤، وأبواب الأربعة عشر ح ٣ ص ٤٩٥ و ٥٠١.

(٧) من لا يحضره الفقيه: الصوم / باب الحدّ الذي يؤخذ فيه الصبيان بالصوم ح ١٩٠٦ ج ٢ ص ١٢٢، والوصيّة / باب انقطاع يتم اليتيم ح ٥٥١٩ ج ٤ ص ٢٢١.

ما قيل[١] ـ ما يناسب هذا القول وما ينافيه، وظاهر كلامه في صوم الفقيه موافقة المشهور[٢]، بل كلامه في المقنع يؤيّد ذلك[٣].

مضافاً إلى خلوّ الكتب المعدّة لنقل الخلاف ـ حتّى النادر ـ عن نسبة ذلك إليهما، بل ظاهر بعضها أو صريحه قصر الخلاف على ابن الجنيد[٤].

وأمّا القول بالعشر: فإنّه وإن حكاه الخراساني من غير تعيين القائل[٥] لكن لم نتحقّقه، بل لم يحكه أحد من أصحابنا غيره، بل ظاهر الكتب المعدّة لذكر الخلاف الإجماع على عدمه.

ولعلّ منشأ الوهم: قول بعضهم[٦] بصحّة بيعه، ومضيّ تصرّفه في الوصيّة والعتق، وجواز مؤاخذته على الجناية والسرقة والارتداد. ولكنّك خبير بأنّ شيئاً من ذلك لا يقتضي البلوغ، وغايته ثبوت حكم البالغ لذي العشر في مواضع مخصوصة ورد بها النصّ.

نعم، جعل المصنّف في النافع خبر العشر رواية في البلوغ[٧] لكنّه

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٢٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الصوم / باب الحدّ الذي يؤخذ فيه الصبيان بالصوم ذيل ح ١٩٠٧ ج ٢ ص ١٢٢.

(٣) المقنع: الصوم / باب الوقت الذي يؤخذ الصبي فيه بالصوم ص ١٩٥.

(٤) مختلف الشيعة: الديون / في الحجر ج ٥ ص ٤٣١.

(٥) كفاية الأحكام: الحجر / في موجباته ج ١ ص ٥٨١.

(٦) كالمفيد في المقنعة: الوصيّة / وصيّة الصبي ص ٦٦٧ ـ ٦٦٨، والشيخ في النهاية: الوصايا / شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٢، وابن البرّاج في المهذّب: الوصايا / شروط الوصايا ج ٢ ص ١١٩، وابن حمزة في الوسيلة: الوقوف / أحكام الوصيّة ص ٣٧٢، وابن فهد في المهذّب البارع: كتاب الحجر ج ٢ ص ٥١٤ ـ ٥١٥.

(٧) المختصر النافع: كتاب الحجر ص ١٤٠.

لم يعمل به ، والعامل به لم يجعله بلوغاً بل نصّ على خلافه ، فلم يثبت للأصحاب قول بالعشر .

كما أنّه ظهر لك : عدم قول في المسألة غير قول ابن الجنيد ، وأنّ ما عداه بين ما لا أصل له وبين ما استقرّ الإجماع على خلافه ، بل يمكن دعوى ذلك في قول ابن الجنيد ؛ إذ هو وإن كان معروف الحكاية عنه إلّا أنّه قد استقرّ الإجماع بعده على خلافه .

مضافاً إلى ضعف ما ذكر[1] دليلاً له ؛ من :

خبر أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام : «قلت له : جعلت فداك ، في كم تجري الأحكام على الصبيان ؟ قال : في ثلاث عشرة وأربع عشرة ، قلت : فإنّه لم يحتلم فيها ؟ قال : وإن كان لم يحتلم ، فإنّ الأحكام ↑ ج ٢٦ / ٣١
تجري عليه»[2] .

وعموم أدلّة التكليف وصحّة توجّه الخطاب إلى المميّزين عقلاً ، لوجود شرطيه : العلم والقدرة ، خرج الأقلّ بالنصّ والإجماع ، فيبقى ذو الأربع عشر .

ولأنّ نصوص الخمس عشر محتملة للأخذ فيها وللإكمال ، والبناء على الأوّل هو الموافق للاحتياط في العبادة ، وإن كان مخالفاً له بالنسبة إلى ما يتعلّق بالولي .

---

(١) استدلّ بهذه الاستدلالات لابن الجنيد في المصابيح في الفقه (للطباطبائي): الصلاة / مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر... ورقة ١٢٠ (مخطوط).

(٢) تهذيب الأحكام: القضايا / باب ٩٢ من الزيادات ح ٦٣ ج ٦ ص ٣١٠، وسائل الشيعة: باب ٤٥ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٣٦٧.

ولأنّ أحوال البدن في الإنسان مرتّبة على الأسابيع، فيجب أن يكون بلوغه كذلك، وليس في الأُسبوع الأوّل ولا الثالث قطعاً، فيكون الثاني، وهو المطلوب:

أمّا الأوّل: فبالعقل والنقل:

أمّا الأوّل: فلما ذكره الأطبّاء من أنّ استكمال الإنسان وتراجعه في السنين يشبه أحوال القمر في استكماله وتراجعه في دوره؛ فإنّ القمر يبدو هلالاً ضعيفاً، ثمّ لا يزال يزداد إلى الليلة السابعة فيقوى ويشتدّ نوره، ولا يزال في الاشتداد حتّى يصير في الليلة الرابعة عشر بدراً كاملاً، ثمّ يرجع فينقص شيئاً فشيئاً حتّى يكون في الواحد والعشرين من الشهر كهيئته في السابع منه، ثمّ يزداد نقصه وخفاؤه إلى أن ينتهي إلى العدم والمحاق في الثمانية والعشرين.

وهكذا الصبي إذا ولد كان ضعيف الخلقة نحيف[1] التركيب إلى أن يتمّ له سبع سنين، فإذا تمّ له ذلك استبان فيه آثار القوّة في العقل والبدن، ثمّ لا يزال يترقّى إلى أن يتمّ له أربع عشرة سنة، فإذا دخل في السنة الخامسة عشر دخل في الأُسبوع الثالث، فهناك يكمل له العقل وتشتدّ قوّته وتتحرّك فيه الشهوة، ثمّ لا يزال يترقّى على هذه الحالة إلى السنة الحادية والعشرين، ثمّ يدخل في الأُسبوع الرابع وهو آخر أسابيع النشوء[2] والنماء، فإذا تمّ له ذلك بإتمام السنة الثمانية والعشرين انتقل

---

(١) في بعض النسخ: سخيف.

(٢) في بعض النسخ ـ كالمصدر: أعني المصابيح المتقدّم آنفاً ـ: النشر.

إلى سنّ الوقوف وهو الزمان الذي يبلغ فيه أشدّه وهو الأُسبوع الخامس، ويمتدّ إلى ستّ وثلاثين سنة، ثمّ يبدو له الرجوع بعد ذلك ويكون عوده كبدئه.

وأمّا الثاني: فلما رواه الصدوق في الفقيه عن أمير المؤمنين عليه‌السلام أنّه ↑
ج ٢٦ / ٣٢ قال: «يربّى الصبي سبعاً، ويؤدّب سبعاً، ويستخدم سبعاً، ومنتهى طوله في ثلاث وعشرين سنة، وعقله في خمس وثلاثين، وما كان بعد ذلك فبالتجارب»[(١)].

وعن الصادق عليه‌السلام: «دع ابنك يلعب سبع سنين، ويؤدّب سبع سنين، وألزمه نفسك سبع سنين، فإن أفلح وإلّا فإنّه ممّا لا خير فيه»[(٢)].

وخبر عيسى بن يزيد عن أبي عبدالله عليه‌السلام، قال: «قال أميرالمؤمنين عليه‌السلام: ينتظر الصبي لسبع سنين، ويؤمر بالصلاة لتسع، ويفرّق بينهم في المضاجع لعشر، ويحتلم لأربع عشرة، وينتهي طوله لإحدى وعشرين سنة، وينتهي عقله لثمان وعشرين إلّا التجارب»[(٣)].

وفي الجميع ما لا يخفى:

إذ في الأوّل: ـ مضافاً إلى الطعن في سنده بجهالة السندي بن ربيع

---

(١) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب تأديب الولد ح ٤٧٤٦ ج ٣ ص ٤٩٣، وسائل الشيعة: باب ٨٣ من أبواب أحكام الأولاد ح ٥ ج ٢١ ص ٤٧٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب تأديب الولد ح ٤٧٤٣ ج ٣ ص ٤٩٢، وسائل الشيعة: باب ٨٣ من أبواب أحكام الأولاد ح ٤ ج ٢١ ص ٤٧٥.

(٣) تقدّم أكثر الخبر ـ مع مصدره، والإشارة إلى اسم الراوي ـ في ص ٢٧ ـ ٢٨.

ويحيى بن المبارك ، ووقف عبدالله بن جبلة[1] ـ يمكن منع دلالته على المطلوب ؛ لاشتماله على الترديد المنافي للتعيين ، وحمله على التقسيم أو الترديد من الراوي ـ لعلوّ مرتبة الإمام عنه ، فيجب البناء على الأكثر للأصل ، ويثبت المطلوب ـ ليس بأولى من إبقاء العطف على ظاهره وحمله على التمرين القابل من حيث استحبابه للدرجات ، بخلاف الإيجاب ، بل هو أولى بملاحظة ما سمعته من أدلّة الخمس عشر ، كما هو واضح .

وفي الثاني : أنّ البلوغ شرط ثالث مغاير للعلم والقدرة ، وحصوله بالأربع عشر مشكوك فيه ، فيشكّ حينئذٍ في التكليف المشروط به . على أنّ الأصل عدم الشرط مع الشكّ فيه ـ كما هو المفروض ـ وبانتفائه ينتفي المشروط .

والثالث : ما عرفت من عدم الإجمال في نصوص الخمس عشر ؛ لأنّها بين ما هو نصّ في الإكمال وبين ما هو ظاهر فيه ، ووجوب الاحتياط موقوف على التكليف ، فلو توقّف التكليف عليه دار ، على أنّ الاحتياط في نفسه لا يقتضي الوجوب مع عدم اشتغال الذمّة بما يتوقّف ↑
عليه كما نحن فيه ؛ إذ ذمّة الصبي خالية عن الشواغل . ج ٢٦ / ٢٣

والرابع : أنّا نمنع اطّراد الأسابيع في كلّ شيء حتّى البلوغ بالمعنى الذي يترتّب عليه الأحكام الشرعيّة .

---

(١) رجال النجاشي: رقم ٥٦٣ ص ٢١٦، منتهى المقال: رقم ١٦٨٥ ج ٤ ص ١٦٦.

والوجه العقلي : ـ مع كونه ظنّياً ـ لا يقتضيه ، والنقلي مسوق لشيء آخر ، فلا يقاس عليه البلوغ . وقوله عليه‌السلام : «يحتلم لأربع عشرة» لا عموم له ، وإنّما المراد به : الغلبة ، أو الإمكان في ذلك الزمان دون ما قبله ، فإنّ الاحتلام قد يتأخّر عن المدّة المذكورة .

فظهر من ذلك كلّه : أنّه لا ينبغي للفقيه التوقّف في المسألة .

والقول بالثلاثة عشر ـ مضافاً إلى ما سمعته سابقاً فيه ـ إنّما يشهد له:

موثّق عمّار عن الصادق عليه‌السلام : «سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال : إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك ؛ إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجب عليها الصلاة وجرى عليها القلم»(١) .

وعبدالله بن سنان عنه [عليه‌السلام] أيضاً : «سأله أبي ـ وأنا حاضر ـ عن قول الله تعالى : (حتّى إذا بلغ أشدّه)(٢)؟ قال : الاحتلام . قال : فقال : يحتلم في ستّ عشرة وسبع عشرة سنة ونحوهما؟ فقال : إذا أتت عليه ثلاث عشر سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيّئات وجاز أمره ، إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً ...»(٣) .

---

(١) تهذيب الأحكام: الصلاة / باب ١٨ الصبيان متى يؤمرون ح ٥ ج ٢ ص ٣٨٠، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ١٢ ج ١ ص ٤٥.

(٢) سورة الأحقاف: الآية ١٥.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ٦ ج ٩ ص ١٨٢، وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ٨ ج ١٩ ص ٣٦٣.

وموثّقه الآخر عنه [عليه‌السلام] أيضاً : «إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنة وكتبت عليه السيّئة وعوقب ، وإذا بلغت الجارية تسع سنين كلّفت[1] ؛ وذلك أنّها تحيض لتسع سنين»[2].

ج ٢٦ / ٣٤ وصحيحه الآخر عنه [عليه‌السلام] أيضاً : «إذا بلغ الغلام أشدّه ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة ، وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم ، وكتبت عليه السيّئات وكتبت له الحسنات وجاز له كلّ شيء ، إلّا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً»[3].

والأوّل ـ مع كونه من قسم الموثّق ، ومشتمل على ما أجمع الإماميّة على خلافه من عدم زيادة بلوغ الجارية على العشر ـ غير صالح لمعارضة ما تقدّم من وجوه.

وكذا ما بعده من النصوص التي هي في قوّة خبر واحد ؛ باعتبار كون الأصل فيها عبدالله بن سنان ، وأنّ التعدّد إنّما هو في الطريق إليه.

مع أنّها ـ عدا الأخير منها ـ من قسم الموثّق المعلوم حاله ، والأخير مشتمل على الحسن بن عليّ بن زياد الوشّاء ، وعن ظاهر الأكثر عدّ

(١) في المصدر بدلها: فكذلك.

(٢) الكافي: الوصايا / باب الوصي يدرك أيتامه ح ٦ ج ٧ ص ٦٨. تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ١٦ ج ٩ ص ١٨٤. وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ١٢ ج ١٩ ص ٣٦٥.

(٣) الكافي: الوصايا / باب الوصي يدرك أيتامه ح ٧ ج ٧ ص ٦٩. تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ١٤ ج ٩ ص ١٨٣. وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ١١ ج ١٩ ص ٣٦٤.

حديثه من الحسن لا الصحيح ، بل في المحكي عن المسالك التصريح بذلك ، قال : «ووصفه بالصحّة في كلام بعض الأصحاب يراد به الصحّة الإضافيّة دون الحقيقيّة»(١).

مضافاً إلى اختلاف ألفاظ الحديث واضطراب متنه ؛ لأنّه ـ على ما رواه الوشّاء ـ يقتضي توقّف البلوغ على الدخول في الأربع عشر ، وهو خلاف المدّعى ، وخلاف ما رواه غيره من البلوغ بالثلاثة عشر الذي هو غير البلوغ بالدخول في الأربع عشر ؛ ولذا كان بلوغ الأُنثى بالتسع لا الدخول في العشر ، والصبي الخمس عشر لا الدخول في الستّة عشر ، هذا .

وإن أمكن دفعه : بما سمعته سابقاً من أنّ اعتبار الدخول للعلم لا للبلوغ ، إلّا أنّ عدم معروفيّته عن ذلك بمثله في نظائره واختلاف ألفاظ الرواية ممّا يحصل به الارتياب في سلامة اللفظ المسموع من الإمام عليه السلام .

وعلى كلّ حال ، فلا ريب في قصورها عن معارضة ما تقدّم من وجوه .

واحتمال ترجيحها عليها بالمخالفة لجميع مذاهب العامّة ، بخلاف نصوص الخمس عشر الموافقة لمذهب الأوزاعي والشافعي وأبي يوسف ومحمّد بن الحسن وأحمد بن حنبل(٢).

---

(١) مسالك الأفهام: التدبير / في المباشر ج ١٠ ص ٣٨٢.

(٢) المجموع: ج ١٣ ص ٣٦١، المغني (لابن قدامة): ج ٤ ص ٥١٤، الشرح الكبير: ج ٤ ص ٥١٢، الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٣٤٤، بدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٧٢.

يدفعه: استبعاد خفاء مثل ذلك على الأساطين، سيّما مع معروفيّة ما يقع منهم عليهم السلام تقيّةً بين خواصّهم؛ حتّى كان بعضهم يقول لبعض: قد أعطاه من جراب النورة[1].

بل يمكن دعوى القطع من الفقيه الممارس لكلماتهم ـ العارف بلسانهم وما يلحنونه في أقوالهم ـ بعدم صدور نصوص الخمس عشر مصدر التقيّة. ↑

على أنّ أكثرها عن الباقر والصادق عليهما السلام، وزمان الباقر عليه السلام متقدّم على زمان القائل بالخمس عشر من أهل الخلاف، بل وكذا الصادق عليه السلام عدا الأوزاعي. ج ٢٦ / ٣٥

لكن قيل: «الذي يظهر من تتبّع الأخبار: أنّ التقيّة منه ومن الباقر عليهما السلام من فقهاء الحجاز والعراق، دون الشام التي الأوزاعي منها، بل لم يكن بحيث يتّقى منه، على أنّ في جملة من تلك النصوص تحديد بلوغ الأُنثى بالتسع المخالف لما أجمع عليه العامّة، وهو أقوى شاهد على عدم خروجها مخرج التقيّة التي لو بني فيها الأمر على الاحتمال ـ كما اختاره بعض المحدّثين ـ كان حمل خبر ابن سنان عليها أولى، باعتبار معروفيّته عند العامّة واتّصاله بالمنصور والمهدي والهادي والرشيد من خلفاء بني العبّاس، وكثرة وقوع التقيّة من

---

(١) تهذيب الأحكام: الفرائض / باب ٣١ ميراث الموالي مع ذوي الرحم ح ١٦ ج ٩ ص ٣٣٢، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب ميراث ولاء العتق ح ١٦ ج ٢٦ ص ٢٣٨.

الصادق عليه‌السلام بخلاف الباقر عليه‌السلام»[١].

فلا ريب في قصورها عن المعارضة لتلك النصوص المتعدّدة التي فيها الصحيح وغيره، الموافقة للأصل والعمومات وظاهر الكتاب والسنّة ومحكيّ الإجماع والشهرة العظيمة، بل صحيح ابن وهب منها صريح في نفي الثلاثة عشر؛ لأنّ أقصى ما يحتمل فيه ـ وإن كان خلاف الظاهر ـ تحقّق البلوغ بالدخول في الخمس عشر، بناءً على أنّ المراد من العددين فيه الأخذ فيهما لا كمالهما، وهو غير مكافئ له سنداً كما هو واضح، بل ودلالةً؛ لاحتمال خبر الثلاث عشر تأكّد الاستحباب، أو تحقّق البلوغ بغير السنّ من الأسباب ... أو غير ذلك.

وإن أبيت فصناعة الفقه تقتضي طرحه في مقابلته، كطرح ما تضمّن:

التحديد بخمسة أشبار في خبر السكوني عن الصادق عليه‌السلام: «قال أمير المؤمنين عليه‌السلام: ... إذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتصّ منه، وإن لم يكن بلغ خمسة أشبار قضى بالدية»[٢] أو تأويله بما يرجع إلى المشهور.

والتحديد بثمان سنين في خبر سليمان بن حفص المروزي عن

(١) المصابيح في الفقه: الصلاة ٦/ مصباح: اختلف علماؤنا في حدّ بلوغ الذكر ... ورقة ١٢١ (مخطوط).

(٢) الكافي: الديات / باب نادر ح ١ ج ٧ ص ٣٠٢. تهذيب الأحكام: الديات / باب ١٨ ضمان النفوس ح ٥٥ ج ١٠ ص ٢٣٣. وسائل الشيعة: باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس ح ١ ج ٢٩ ص ٩٠.

الرجل عليه‌السلام قال: «إذا تمّ للغلام ثمان سنين فجائز أمره ووجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمّ للجارية تسع سنين فكذلك»(١)، والموثّق ج ٢٦ / ٣٦ عن الحسن بن راشد عن العسكري عليه‌السلام: «إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمّ للجارية تسع(٢) فكذلك»(٣). المخالفين للإجماع كما عن الآبي الاعتراف به(٤).

والتحديد بالعشر في خبر أبي أيّوب الخزّاز: «سألت إسماعيل بن جعفر: متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قال: قلت: ويجوز أمره؟ قال: فقال: إنّ رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله دخل بعائشة وهي ابنة عشر سنين، وليس يدخل بالجارية حتّى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته»(٥). المقطوع سنده، بل في طريقه العبيدي عن يونس، وفيه كلام(٦).

---

(١) تهذيب الأحكام: الحدود / باب ٨ الحدّ في السرقة ح ٩٨ ج ١٠ ص ١٢٠، الاستبصار: الحدود / باب ١٤٦ حدّ الصبي ح ٥ ج ٤ ص ٢٤٩، وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب حدّ السرقة ح ١٣ ج ٢٨ ص ٢٩٧.

(٢) في المصدر: سبع.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ١١ ج ٩ ص ١٨٣، وسائل الشيعة: باب ١٥ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٤ ج ١٩ ص ٢١٢.

(٤) كشف الرموز: كتاب الوصايا ج ٢ ص ٦٩.

(٥) الكافي: الشهادات / باب شهادة الصبيان ح ١ ج ٧ ص ٣٨٨، تهذيب الأحكام: القضايا / باب ٩١ البيّنات ح ٤٩ ج ٦ ص ٢٥١، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من كتاب الشهادات ح ٣ ج ٢٧ ص ٣٤٤.

(٦) رجال النجاشي: رقم ٨٩٦ ص ٣٣٣.

وقد ورد بالعشر نصوص كثيرة في الوصيّة والعتق والوقف ... وغيرها . ولعلّ منها ما أشار إليه المصنّف بقوله :

﴿وفي أُخرى: إذا بلغ عشراً وكان بصيراً، أو بلغ خمسة أشبار، جازت وصيّته واقتصّ منه واُقيمت عليه الحدود الكاملة﴾ وإن كنّا لم نعثر على اجتماع ذلك في رواية كما اعترف به في المسالك ، قال :

«أمّا رواية العشر في جواز الوصيّة فهي صحيحة وفي معناها روايات ، إلّا أنّها لا تقتضي البلوغ ؛ لجواز اختصاصه بهذا الحكم ، ومن ثمّ لم يعمّم . وأمّا بلوغ خمسة أشبار فهو في رواية اُخرى ، وإن كان المفهوم من العبارة أنّهما في واحدة» .

«ومعنى قولنا : (اُقيمت عليه الحدود) أنّه لا ينقص منها شيء ؛ لأنّ الصبي إذا فعل ما يوجب الحدّ على غيره يؤدّب بما لا يبلغ الحدّ» .

«ولنا رواية اُخرى : (أنّ الأحكام تجري على الصبيان من ثلاث عشرة سنة وأربع عشرة سنة وإن لم يحتلم) وليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحّة سندها . وهذه الرواية قدّمها المصنّف في النافع ثمّ عقّبها بقوله : (وفي اُخرى ...) وهنا عبّر بالاُخرى من غير سبق رواية ، وليس بجيّد»[١] . ↑ ج ٢٦ / ٣٧

قلت : الأمر في ذلك كلّه سهل بعد أن لم يكن في شيء من نصوص العشر ـ المتفرّقة في الأبواب ـ ما يدلّ على كون العشر بلوغاً ، وغايتها

---

(١) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٤ ـ ١٤٥.

ارتفاع الحجر بها عن الصبي في تلك الأمور المخصوصة، وبعضها كالصريح في ذلك. والأصحاب بين عامل بمضمونها في تلك الموارد[١]، وبين رادّ لها في الجميع[٢]، وبين مفصّل: فأجاز وصيّته ـ لصحّة الأخبار الواردة فيها ـ ومنع فيما عدا ذلك[٣].

وأمّا حصول البلوغ ـ الذي هو مناط التكليف ـ بالعشر فلم نعرف قائلاً به، نعم أرسله في الكفاية كما سمعت[٤]، ولم نتحقّقه، بل مقتضى إسناد بعض الأصحاب[٥] له إلى الرواية عدمه. وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه؛ لقصورها عن المعارضة من وجوه، بل النصوص مستفيضة في عدم حصوله بالعشر؛ فـ:

في صحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام: «في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأة؟ يجلد الغلام دون الحدّ، وتجلد المرأة الحدّ كاملاً. قيل له: وإن كانت محصنة؟ قال: لا تُرجم؛ لأنّ الذي نكحها ليس بمدرك...»[٦].

---

(١) المقنعة: الوصيّة / باب الوصيّة ص ٦٦٧ ـ ٦٦٨. النهاية: الوصايا / شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٢. المهذّب: الوصايا / شروط الوصايا ج ٢ ص ١١٩.

(٢) السرائر: الوصايا / شرائط الوصيّة ج ٣ ص ٢٠٦. مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصي ج ٦ ص ١٤١ ـ ١٤٢.

(٣) فصّل بذلك سلّار على ما نقله في مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٠.

(٤) في ص ٦٢.

(٥) كالماتن في المختصر النافع: كتاب الحجر ص ١٤٠.

(٦) الكافي: الحدود / باب الصبي يزني بالمرأة ح ١ ج ٧ ص ١٨٠. تهذيب الأحكام: الحدود / باب ١ حدود الزنا ح ٤٤ ج ١٠ ص ١٦. وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب حدّ الزنا ح ١ ج ٢٨ ص ٨١.

والحلبي: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الغلام له عشر سنين، فيزوّجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ فقال: أمّا التزويج فصحيح، وأمّا طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتّى يدرك، فيعلم أنّه كان طلّق امرأته...»[١].

وصحيح صفوان عن إسحاق بن عمّار قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام: عن ابن عشر سنين، أيحجّ؟ قال: عليه حجّة الإسلام إذا احتلم، وكذا الجارية عليها الحجّ إذا طمثت»[٢]. ونحوه غيره.

إلى غير ذلك من النصوص، فلا إشكال في المسألة ـ بحمد الله ـ من هذه الجهة، بل ولا من غيرها، كما بان لك ذلك مفصّلاً.

هذا كلّه في الذكر.

﴿و﴾ أمّا ﴿الأُنثى﴾ فبلوغها ﴿بـ﴾ـكمال ﴿تسع﴾ على المشهور بين الأصحاب[٣]، بل هو الذي استقرّ عليه المذهب.

خلافاً للشيخ في صوم المبسوط[٤] وابن حمزة في خمس الوسيلة: فبالعشر[٥].

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الفرائض / باب ميراث الصبيّين ح ٥٦٦٥ ج ٤ ص ٣١٠. وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب ميراث الأزواج ح ٤ ج ٢٦ ص ٢٢٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الحج / باب حج الصبيان ح ٢٨٩٨ ج ٢ ص ٤٣٥، وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب وجوب الحج ح ١ ج ١١ ص ٤٤.

(٣) كما في المهذّب البارع: كتاب الحجر ج ٢ ص ٥١٥، ومسالك الأفهام: كتاب الحجر ج ٤ ص ١٤٥، ومجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ١٨٧.

(٤) المبسوط: حقيقة الصوم وشرائط وجوبه ج ١ ص ٢٦٥.

(٥) الوسيلة: كتاب الخمس ص ١٣٧.

إلاّ أنّ الشيخ قد رجع عنه في كتاب الحجر فوافق المشهور[١]، وكذا [ج ٢٦ / ٣٨] الثاني في كتاب النكاح منها[٢]، بل قد يرشد ذلك منهما إلى إرادة توقّف العلم بكمال التسع على الدخول في العشر.

وعلى كلّ حال، فيمكن ـ بعد رجوع المخالف ـ دعوى تحصيل الإجماع كما وقع من بعضهم[٣]، بل في السرائر ـ بعد أن حكى عن صوم المبسوط ما سمعت، وعن نهايته التسع[٤] ـ قال: «وهو الصحيح الظاهر من المذهب؛ لأنّه لا خلاف بينهم أنّ حدّ بلوغ المرأة تسع سنين، فإذا بلغتها وكانت رشيدة سلّم الوصي إليها[٥]، وهو بلوغها الوقت الذي يصحّ أن تعقد على نفسها عقدة النكاح، ويحلّ للبعل الدخول بها، بغير خلاف بين الشيعة الاثني عشريّة»[٦].

ويدلّ عليه: ـ مضافاً إلى ذلك، وإلى ما تقدّم من خبري ابن حمران ويزيد الكناسي وموثّقي عبد الله بن سنان والحسن بن راشد ـ مرسل الفقيه: «قال أبو عبدالله عليه‌السلام: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها وجاز أمرها في مالها، وأُقيمت الحدود التامّة لها وعليها»[٧]

---

(١) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥١.

(٢) الوسيلة: بيان من إليه العقد على النساء ص ٣٠١.

(٣) المصابيح في الفقه: الصلاة / مصباح: في تحديد السن للإناث ورقة ١٢٢ (مخطوط).

(٤) النهاية: النكاح / من يتولّى العقد على النساء ج ٢ ص ٣١٦ ـ ٣١٧.

(٥) في المصدر بعدها: مالها.

(٦) السرائر: الصيام / حقيقة الصوم ج ١ ص ٣٦٧.

(٧) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب انقطاع يتم اليتيم ح ٥٥٢٢ ج ٤ ص ٢٢١. وسائل الشيعة: باب ٤٥ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٣٦٧.

والنصوص الدالّة على جواز الدخول بالجارية إذا بلغت تسعاً[١] وأنّها لا تحيض لتسع[٢] ، وهي كثيرة .

وأمّا البلوغ بالعشر : فقد رواه الشيخ مرسلاً[٣] ، ولم أجد به رواية مسندة .

نعم ، ربّما يستدلّ له برواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام[٤] : ↑ ج ٢٦ / ٣٩
«إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال : لا توطأ جارية لأقلّ من عشر سنين ، قال : فإن فعل فعيبت ضمن»[٥] .

لكنّها كما ترى ـ مع أنّها ضعيفة السند ، بيّنة الشذوذ ، معارضة بالروايات المستفيضة الدالّة على جواز الدخول بالجارية لتسع ، بل عن النبيّ صلى الله عليه وآله : أنّه دخل بعائشة قبل تجاوز التسع[٦] ـ غير صريحة في تحديد البلوغ بالعشر ؛ لجواز استناد المنع فيها إلى أمر آخر غير عدم البلوغ ، فليس للفقيه محيص عن المشهور كما هو واضح .

وعلى كلّ حال ، فالمراد بالسنة ـ فيها ، وفي الذكر هنا ، بل وفي غيره من التحديدات ـ : القمريّة ؛ لأنّه المعهود من الشرع والمعروف

---

(١) وسائل الشيعة : انظر باب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح ج ٢٠ ص ١٠١ .

(٢) وسائل الشيعة : باب ٢ من أبواب العدد ح ٤ ، وباب ٣ منها ح ٥ ج ٢٢ ص ١٧٩ و ١٨٣ .

(٣) المبسوط : كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥١ .

(٤) في المصدر بعدها إضافة : عن أبيه .

(٥) تهذيب الأحكام : النكاح / باب ٣٦ السنّة في عقود النكاح ح ١٢ ج ٧ ص ٤١٠ ، وسائل الشيعة : باب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٧ ج ٢٠ ص ١٠٣ .

(٦) صحيح البخاري : ج ٤ ص ٢٥٢ . سنن ابن ماجة : ح ١٨٧٧ ج ١ ص ٦٠٤ . سنن النسائي : ج ٦ ص ٨٢ . مسند ابن راهويه : ح ٧٢٢ ج ٢ ص ٢١٤ .

عند العرب، وقد قال الله تعالى: «إنّ عدّة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السماوات»[١]، وقال: «هو الذي جعل الشمس ضياءً والقمر نوراً وقدّره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب»[٢]، وقال: «يسألونك عن الأهلّة قل هي مواقيت للناس والحجّ»[٣].

وعلى هذا، فيعتبر في الذكر مضيّ أربعة عشر سنة وأحد عشر شهراً هلاليّاً في السنة الأُولى، ويكمل الشهر الأوّل منها من السادسة عشر ثلاثين يوماً إن كان تامّاً، وإلّا ففي تكملته ثلاثين كالأوّل ـ أو بقدر ما فات منه تمّ أو نقص احتمالان، أظهرهما عند بعض الأساطين[٤] الأوّل.

وكذا الكلام في الأُنثى.

وربّما قيل[٥]: بانكسار الشهور والسنين كلّها بانكسار الشهر الأوّل، فيبطل اعتبار الأهلّة ويرجع إلى العدد في الجميع. وهو ضعيف.

والظاهر انتفاء القول هنا وإن قيل بمثله في غيره. وقد تقدّم لنا شطر صالح من الكلام في ذلك، فلاحظ وتأمّل، هذا.

ولا يخفى أنّ تحديد البلوغ بالسنّ ـ كغيره من التحديدات ـ أمر

---

(١) سورة التوبة: الآية ٣٦.
(٢) سورة يونس: الآية ٥.
(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٩.
(٤) كالطباطبائي في المصابيح: الصلاة / مصباح: في تحديد السنّ للإناث ورقة ١٢٢ (مخطوط).
(٥) قاله وضعّفه في المصابيح: (انظر الهامش السابق).

واحد غير مختلف بالقياس إلى أنواع التكاليف؛ لما عرفت من أنّ البلوغ مرتبة خاصّة في جميع أفراد الحيوان فضلاً عن الإنسان؛ لإجماع العلماء، وللنصوص الكثيرة الواردة في التحديد على اختلافها فيه، إلّا أنّها متّفقة في عدم الاختلاف المزبور. ↑ ج ٢٦ / ٤٠

بل خبر عبد الله بن سنان منها ـ الذي قوّاه المتأخّرون[1] ومال إلى الأخذ به الفاضل المذكور[2] ـ ظاهر الدلالة على ما ذكرنا، وكذا حديث الثمالي وخبر حمزة بن حمران بل النبوي صريح في ذلك.

وفي المروي عن قرب الاسناد عن عليّ بن المفضّل[3]: «أنّه كتب إلى أبي الحسن عليه‌السلام: ما حدّ البلوغ؟ قال: ما أوجب على المؤمنين الحدود»[4].

وبه يظهر العموم في خبر يزيد الكناسي؛ حيث دلّ على أنّ الحدود لا تثبت للغلام قبل بلوغ الخمس عشر.

فما تفرّد به الفاضل الكاشاني: من أنّ التحديد بالسنّ مختلف في التكليفات وأنّ الحدّ في كلّ شيء هو التحديد الوارد فيه[5]؛ ظنّاً منه أنّ

---

(١) كالأردبيلي في مجمع البرهان: المتاجر / في المتعاقدين ج ٨ ص ١٥٣ ـ ١٥٤، والحجر / في أسبابه ج ٩ ص ١٩٠، والسبزواري في الكفاية: الحجر /في موجباته ج ١ ص ٥٨١ ـ ٥٨٢.

(٢) لعلّ مقصوده به الكاشاني: بقرينة نقل العبارة من مصابيح الطباطبائي الظاهرة في إرادته، انظر مفاتيح الشرائع: الصلاة / مفتاح ٢ ج ١ ص ١٤.

(٣) في المصدر بدلها: الفضل.

(٤) قرب الاسناد: ح ١٣٨٣ ص ٣٩٤، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ٧ ج ١ ص ٤٤.

(٥) مفاتيح الشرائع: الصلاة / مفتاح ٢ ج ١ ص ١٤.

التوفيق بين النصوص الواردة في السنّ إنّما يحصل بذلك .

واضح الفساد ؛ لمخالفته إجماع الإماميّة بل المسلمين كافّة ، فإنّ العلماء ـ مع اختلافهم في حدّ البلوغ بالسنّ ـ مجمعون على أنّ البلوغ الرافع للحجر هو الذي يثبت به التكليف ، وأنّ الذي يثبت به التكليف في العبادات هو الذي يثبت به التكليف في غيرها ، وأنّه لا فرق بين الصلاة وغيرها من العبادات فيه .

بل هو أمر ظاهر في الشريعة ، معلوم من طريقة فقهاء الفريقين وعمل المسلمين في الأعصار والأمصار من غير نكير ، ولم يسمع من أحد منهم تقسيم الصبيان بحسب اختلاف مراتب السنّ ؛ بأن يكون بعضهم بالغاً في الصلاة مثلاً غير بالغ في الزكاة ، أو بالغاً في العبادات دون المعاملات ، أو بالغاً فيها غير بالغ في الحدود ، وما ذاك إلّا لكون البلوغ بالسنّ أمراً متّحداً غير قابل للتجزئة والتنويع .

على أنّ في جملة من نصوص المقام خبري المروزي وابن راشد ↑
المصرّحين بوجوب الفرائض والحدود على الغلام بإكمال الثمان ، ج ٢٦ / ٤١
والتوفيق بينهما وبين التحديدات غير ممكن .

وكذا ما ورد في الوجوب على ذي ستّ وعدم الوجوب على من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة أو أربع عشر ، وما دلّ على وجوب الصوم على الجارية بالتسع وما دلّ على عدمه عليها إلّا بالثلاث عشر .

وبالجملة : فالنصوص مختلفة اختلافاً لا يرجى جمعه بنحو ذلك ، وإنّما الواجب النظر في أخبار المسألة بالنسبة إلى المكافأة وعدمها ، ثمّ

الأخذ بالراجح وترك المرجوح ، أو تأويل ما يمكن فيه منه بالحمل على التمرين والتأديب . . . أو غير ذلك كما فعله الأصحاب . وقد بان لك ـ بحمد الله ـ الراجح منها والمرجوح ، والله أعلم بحقيقة الحال .

هذا كلّه في السنّ والإنبات والإنزال .

﴿أمّا الحمل والحيض فليسا بلوغاً في حقّ النساء﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده فيه ، بل نفاه عنه غير واحد من دون استثناء ؛ ففي المسالك : «لا خلاف في كون الحيض والحمل دليلين على البلوغ ، كما لا خلاف في كونهما بلوغاً بأنفسهما»[١] . بل هو ظاهر العلّامة في التذكرة[٢] والتحرير[٣] حيث نفى الخلاف في كون الحيض دليلاً على البلوغ ، والدليل في كلامهم هنا خلاف السبب .

لكن في المبسوط : أنّ البلوغ يحصل بثلاثة : الاحتلام والحيض والسنّ . ثمّ قال : «والحمل دلالة على البلوغ ، وكذا الإنبات على خلاف فيه»[٤] ، وظاهره كون الحيض بلوغاً لا دليلاً على سبقه . ومثله ما في الوسيلة[٥] .

لكن يمكن أن يريدا بذلك عدم دلالته على السبق بزمان يسع التكليف ؛ لجواز اتّصاله بالسنّ ووقوعه بعد كمال التسع بلا فصل ،

---

(١) مسالك الأفهام : الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٥ .

(٢) تذكرة الفقهاء : الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٩٨ .

(٣) تحرير الأحكام : الحجر / في أسبابه ج ٢ ص ٥٣٤ .

(٤) المبسوط : كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥١ .

(٥) الوسيلة : كتاب الخمس ص ١٣٧ .

فيكون كالسبب في البلوغ، لا بمعنى جواز التقدّم عليه، فإنّ امتناعه مقطوع به في كلام الأصحاب.

كما أنّه يمكن إرادة ثاني الشهيدين من العبارة السابقة أنّه لا خلاف في كون الحمل والحيض دليلين على سبق البلوغ.

كما لا خلاف في كون هذين الأمرين ـ المذكورين في المتن، المفهومين ضمناً من دلالة الحمل والحيض على السبق ـ بلوغاً في أنفسهما.

↑ ويمكن إرجاع الضمير إلى الحمل والحيض؛ على معنى إرادة تعليق
ج ٢٦ / ٤٢ أحكام البلوغ عليهما في الشرع وإن كانا كاشفين عنه حقيقةً؛ فـ:

في خبر عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق عليه السلام: «ثلاث يتزوّجن على كلّ حال ـ وعدّ منها: ـ التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قلت: وما حدّها؟ قال: إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين...»[1].

وروايته الأُخرى عنه [عليه السلام] أيضاً: «ثلاث يتزوّجن على كلّ حال ـ وذكر من جملتها: ـ التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قال: قلت: ومتى يكون كذلك؟ قال: ما لم تبلغ تسع سنين، فإنّها لا تحيض ومثلها لا تحيض...»[2].

---

(١) الكافي: الطلاق / طلاق التي لم تبلغ ح ٤ ج ٦ ص ٨٥، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العدد ح ٤ ج ٢٢ ص ١٧٩.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ٨٩ ج ٧ ص ٤٦٩، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب العدد ح ٥ ج ٢٢ ص ١٨٣.

ورواية عبدالله بن عمر(١): «قلت لأحدهما [عليهما السلام]: الجارية يشتريها الرجل وهي لم تدرك أو قد يئست من المحيض؟ قال: لا بأس بأن لا يستبرئها»(٢).

وموثّق عبدالله بن سنان: «إذا بلغ الغلام ثلاث عشر سنة كتبت له الحسنة وكتبت عليه السيّئة وعوقب، وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك، وذلك أنّها تحيض لتسع سنين»(٣).

وخبر يونس بن يعقوب أنّه سأل أبا عبدالله عليه السلام: «عن الرجل يصلّي في ثوب واحد؟ قال: نعم، قلت: فالمرأة؟ قال: لا يصلح للحرّة إذا حاضت إلّا الخمار، إلّا أن لا تجده»(٤)... وغيرها من النصوص المعلّقة لأحكام البلوغ على الحيض.

أمّا الحمل: فقد يدلّ عليه الحسن كالصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه «قال في رجل ابتاع جارية ولم تطمث؟ قال: إن كانت صغيرة
لا يتخوّف عليها الحبل فليس عليها عدّة، وليطأها إن شاء، وإن كانت ↑ ج ٢٦ / ٤٣
قد بلغت ولم تطمث فإنّ عليها العدّة...»(٥).

---

(١) في بعض النسخ ـ مطابقاً للكافي ـ: عمرو.

(٢) الكافي: النكاح / باب استبراء الأمة ح ٣ ج ٥ ص ٤٧٢، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب بيع الحيوان ح ١ ج ١٨ ص ٢٦٠.

(٣) تقدّم في ص ٦٨.

(٤) من لا يحضره الفقيه: الصلاة / باب أدب المرأة في الصلاة ح ١٠٨٢ ج ١ ص ٣٧٣، وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب لباس المصلي ح ٤ ج ٤ ص ٤٠٥.

(٥) الكافي: النكاح / باب استبراء الأمة ح ٦ ج ٥ ص ٤٧٣، تهذيب الأحكام: الطلاق / ←

ومرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يطلّق الصبيّة التي لم تبلغ ولا يحمل مثلها وقد كان دخل بها، والمرأة التي قد يئست من المحيض وارتفع حيضها ولا يلد مثلها؟ قال: ليس عليهما عدّة وإن دخل بهما»[١].

وموثّق محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «التي لا تحبل مثلها لا عدّة عليها»[٢].

وخبر منصور بن حازم: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن الجارية لا يخاف عليها الحبل؟ قال: ليس عليها عدّة»[٣].

وخبر ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام أيضاً: «في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل؟ قال: ليس عليها عدّة، يقع عليها...»[٤].

← باب ٧ لحوق الأولاد ح ١٩ ج ٨ ص ١٧١. وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ٨٣.

(١) الكافي: الطلاق / باب طلاق التي لم تبلغ ح ١ ج ٦ ص ٨٤، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العدد ح ٣ ج ٢٢ ص ١٧٨.

(٢) الكافي: الطلاق / باب طلاق التي لم تبلغ ح ٣ ج ٦ ص ٨٥، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٣ أحكام الطلاق ح ١٤٠ ج ٨ ص ٦٧. وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب العدد ح ٢ ج ٢٢ ص ١٨٢.

(٣) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد ح ٢٠ ج ٨ ص ١٧١، الاستبصار: الطلاق / باب ٢٠٩ من اشترى جارية لم تبلغ ح ٢ ج ٣ ص ٣٥٧. وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ٨٣.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢١. و«الاستبصار»: ح ٣. و«الوسائل»: ح ٣.

بل قد يشهد لذلك أيضاً : فحوى الأخبار المستفيضة المتضمّنة لنفي العدّة عن الصغيرة والتي لم تبلغ المحيض[١] ؛ فإنّ الوجه في انتفاء العدّة في مثلها ـ على ما يستفاد من النصوص ـ عدم الاسترابة بالحمل في مثلها ، ومقتضى ذلك[٢] خروجها عن حدّ الصغر بإمكان الحمل ، فخروجها عنه بتحقّقه أولى .

وعلى كلّ حال ، فقد بان لك ممّا ذكرنا : عدم كونهما بلوغاً بأنفسهما ﴿بل قد يكونان دليلين[٣] على سبق البلوغ﴾ في مثل المجهول حالها ؛ بأن يكون الحيض منها كاشفاً عن حصول العدد لها ، فلا يرد : أنّ الدم الذي تراه قبل التسع ليس بحيض وبعدها يكون بلوغها بالسنّ ، فلا أثر للحيض في الدلالة ؛ إذ الجواب : ما أومأنا إليه من ظهور القاعدة في مجهولة السنّ ، فإنّ بلوغها يعرف بالحيض ـ لدلالته على السنّ الدالّ عليه ـ لا بالسنّ ؛ لفرض جهالته .

نعم ، يعتبر فيه معلوميّة كونه حيضاً من الصفة أو غيرها ، ولا يكفي هنا ما اشتهر بين الفقهاء من قاعدة الإمكان[٤] ؛ إذ هو مشروط ببلوغ ↑ ج ٢٦ / ٤٤
التسع كما صرّحوا به[٥] ، والفرض في المقام الاشتباه .

---

(١) وسائل الشيعة : انظر باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٨٣ ، وباب ٢ من أبواب العدد ج ٢٢ ص ١٧٧ .

(٢) في بعض النسخ : ومقتضاه .

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك ـ وأشير إليها في هامش المعتمدة ـ : دليلاً .

(٤) قواعد الأحكام : الطهارة / ماهيّة الحيض ج ١ ص ٢١٣ ، البيان : الطهارة / في الحيض ص ٥٨ . مسالك الأفهام : الطهارة / بيان الحيض ج ١ ص ٥٩ .

(٥) الروضة البهيّة : الطهارة / في الحيض ج ١ ص ١٠٠ .

ومن هنا قال في التذكرة: «لو اشتبه الخارج أنّه حيض أم لا لم يحكم بالبلوغ، ولا يحكم إلّا مع اليقين؛ عملاً بالاستصحاب»[١]. وهو كذلك، ومعه يسقط اعتبار الصفة، فإنّها إنّما تعتبر في صورة الشكّ.

وأمّا دلالة الحمل على السبق: فباعتبار قضاء العادة بتقدّم الحيض، وباعتبار كونه مسبوقاً بالإنزال الذي قد عرفت سببيّته للبلوغ؛ لأنّ تكوّن الولد إنّما يكون من اختلاط مجموع الماءين، وهو المراد من «الأمشاج» في الآية الكريمة[٢] على ما هو المشهور بين المفسّرين[٣]، كإرادة صلب الرجل وترائب المرأة من قوله تعالى: «يخرج من بين الصلب والترائب»[٤][٥]، لا صلب الرجل وترائبه، ولا أنّ المراد بـ«الأمشاج» الأخلاط من الطبائع التي تكون في الإنسان من الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة، ولا الأطوار والشؤون، ولا الاختلاط من منيّ الرجل وحيض المرأة، مع أنّه على الأخير يتمّ المطلوب أيضاً.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٩٩.

(٢) سورة الإنسان: الآية ٢.

(٣) تفسير الكشّاف: ذيل الآية ٢ من سورة الإنسان ج ٤ ص ٦٦٦. تفسير البيضاوي: ذيل نفس الآية ج ٤ ص ٣٥٦. تفسير ابن كثير: ذيل نفس الآية ج ٤ ص ١٩٧٤. مجمع البيان: ذيل نفس الآية ج ٩ ـ ١٠ ص ٦١٥.

(٤) سورة الطارق: الآية ٧.

(٥) تفسير الكشّاف: ذيل الآية ٧ من سورة الطارق ج ٤ ص ٧٣٥. تفسير البيضاوي: ذيل نفس الآية ج ٤ ص ٤٠٤. تفسير ابن كثير: ذيل نفس الآية ج ٤ ص ٢٠١٧.

وما ذكرناه في الآيتين هو المروي عن ابن عبّاس[١]، بل هو موافق للنصوص الكثيرة عن النبيّ صلى الله عليه وآله والأئمّة عليهم السلام [الدالّة][٢] على أنّ خلق الولد من الماءين، وأنّ ماء الرجل أبيض غليظ وماء المرأة أصفر رقيق، وأنّ العظم والعصب والعروق من نطفة الرجل، والشعر والجلد واللحم من نطفة المرأة، وأنّ الذكورة والأُنوثة والشبه بالأعمام والأخوال من تسابق الماءين وعلوّ أحدهما على سابقه، روى ذلك الصدوق والراوندي والطبرسي في المحكي عن العلل[٣] والقصص[٤] والمجمع[٥] والاحتجاج[٦].

وما عن الحكماء والأطبّاء من الاختلاف في منيّ المرأة ؛ فـ:

عن أرسطو وأتباعه: أنّه لا منيّ لها، وإنّما ينفصل عنها رطوبة شبيهة بالمنيّ، إذا امتزج بها منيّ الرجل تولّد منها مادّة الجنين، وذلك ↑ ج ٢٦ / ٤٥
لوجود القوّة العاقدة في منيّ الرجل والمنعقدة في رطوبة المرأة[٧].

وعن جالينوس وأكثر الأطبّاء: أنّ للمرأة منيّاً كالرجل، وفي كلّ

---

(١) انظر مجمع البيان قبل ثلاثة هوامش، وتفسير ابن كثير في الهامش السابق، ومجمع البيان: ذيل الآية ٧ من سورة الطارق ج ٩ ـ ١٠ ص ٧١٥.

(٢) إضافة يقتضيها السياق.

(٣) علل الشرائع: باب ١ ح ١ ج ١ ص ١.

(٤) قصص الأنبياء: ح ٣٦٩ ص ٢٩٦.

(٥) مجمع البيان: ذيل الآية ٤١ من سورة المائدة ج ٣ ـ ٤ ص ٣٠٠.

(٦) الاحتجاج: احتجاجات النبيّ صلى الله عليه وآله ص ٤٣.

(٧) بحارالأنوار: السماء والعالم / ذيل ح ٧٠ ج ٥٧ ص ٣٦٨.

منهما قوّة عاقدة ومنعقدة، لكنّ منيّ الذكر أشدّ وأقوى في الفعل والتأثير من منيّ الأُنثى[١].

وعن الحكماء: أنّ مبدأ التصوير في منيّ الرجل، ومبدأ التأثير والتصوّر في منيّ المرأة، وأنّ المنيّ إنّما يقال عليهما بمحض اشتراك الاسم، وإلّا فمنيّ الرجل حارّ نضيج ثخين، ومنيّ المرأة جنس من دم الطمث، وإنّما حصل به استحالة يسيرة لا يبعد به عن الدم بُعد منيّ الرجل منه؛ ولذا يسمّونه طمثاً لا منيّاً[٢].

وعن بعض المحقّقين: أنّ المنيّ عند الحكماء هو الماء الجامع لبياض اللون ورائحة الطلع والدفق واللذّة والقوّة العاقدة[٣].

غير[٤] قادح في شيء ممّا ذكرنا؛ ضرورة كون النزاع بين الفريقين لفظيّاً، وأنّ الاتّفاق منهما واقع على أنّ تكوّن الولد من مجموع الماءين.

والعبرة في التسمية بالعرف واللغة، ورطوبة المرأة تسمّى منيّاً فيهما، وخروجها عنه باصطلاح الحكماء لا يقدح في ثبوت الحكم الشرعي المنوط بغيره، كما هو واضح.

---

(١) القانون (لابن سينا): الفن العشرون ج ٤ ص ٢٩٢. بحارالأنوار: (انظر الهامش السابق).

(٢) انظر «القانون» في الهامش السابق.

(٣) المصابيح في الفقه (للطباطبائي): الصلاة / مصباح: لا ريب في دلالة الحمل على البلوغ ورقة ١٢٦ (مخطوط).

(٤) خبر قوله: «وما» المتقدّم في س ٩ من الصفحة السابقة.

وعلى كلّ حال ، ففي التذكرة[١] والقواعد[٢] والمسالك[٣] : «أنّ دلالة الحمل على البلوغ منوطة بالوضع ؛ لعدم العلم بتحقّقه بدونه ، فبعد الوضع يحكم بالبلوغ قبله» .

قلت : الأجود إناطة الحكم بالعلم في أصل الحمل وابتدائه ، فلو علم به قبل الوضع حكم بالبلوغ ، وكذلك لو علم بكونه لأكثر من ستّة أشهر حكم به ؛ لما يحتمل النقص عنه .

ولا فرق في دلالة الحمل على البلوغ : بين أن يكون الولد تامّاً أو غير تامّ إذا علم أنّه مبدأ نشوء آدميّ ، كما في العلقة والمضغة . ويسقط اعتبار الستّة أشهر هنا ، وللرجوع إلى الأربعين ـ كما دلّت عليه الروايات[٤] في مراتب النشوء ـ وجه وجيه .

ثمّ لا يخفى عليك : أنّ الحاجة إلى هذه العلامة فيما إذا تحقّق الحمل للمرأة من غير إحساس بالإنزال ، فلو أحسّت به حصل لها العلم بالبلوغ بذلك وجرى عليها القلم ، وإن توقّف الحكم به ظاهراً على ظهور الحمل أو تحقّق الوضع ، والله هو العالم بحقيقة الحال .

﴿تفريع﴾ :

﴿الخنثى المشكل﴾ بناءً على الانحصار في الرجل والمرأة وأنّه ↑ ج ٢٦ / ٤٦

(١) تذكرة الفقهاء : الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٩٩ .

(٢) قواعد الأحكام : الحجر / في الصغير ج ٢ ص ١٣٤ .

(٣) مسالك الأفهام : الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٦ .

(٤) الكافي : العقيقة / باب بدء خلق الإنسان ح ٣ فما بعده ج ٦ ص ١٣ .

لا قسم ثالث ﴿إن﴾ نبت شعره الخشن حول الفرجين ، أو بلغ سنّه الخمس عشر ، أو ﴿خرج منيّه من الفرجين﴾ أو أمنى من فرج الذكر بعد مضيّ تسع وإمكان الإمناء من الذكر ﴿حكم ببلوغه﴾ بلا خلاف أجده بيننا[١] ﴿و﴾ لا إشكالٍ ؛ ضرورة حصول سبب البلوغ في الفرضين إن كان رجلاً أو امرأةً.

نعم ﴿لو[٢] خرج﴾ منيّه ﴿من أحدهما لم يحكم به﴾ بناءً على اعتبار اعتياد المخرج في الدلالة على البلوغ ؛ لجواز كون ذلك الفرج زائداً فلا يكون معتاداً ، أمّا لو صار ذلك معتاداً أو قلنا بدلالة خروج المني مطلقاً على البلوغ اتّجه الدلالة ، هذا.

وفي المسالك ـ بعد أن حكم بعدم الدلالة ـ قال: «ومثله ما لو حاض من فرج النساء خاصّة ، هذا هو الذي اختاره أكثر العلماء».

«ولبعض العامّة قول بأنّ ذلك كافٍ في البلوغ ؛ لأنّ خروج المني من فرج الذكر يحكم بكونه ذكراً ، كما يحكم به لو خرج البول منه خاصّة. وكذا القول في الحيض والمني من فرج الأُنثى».

«ولأنّ خروج منيّ الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل ، فكان دليلاً على التعيين ، ومتى ثبت التعيين كان دليلاً على البلوغ».

«ولأنّ خروجهما معاً دليل على البلوغ ، فخروج أحدهما أولى ؛

---

(١) ينظر المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥٠، وإرشاد الأذهان: الحجر / في أسبابه ج ١ ص ٣٩٥، والروضة البهيّة: الصوم / المسألة الخامسة عشرة ج ٢ ص ١٤٤.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: إن.

لأنّ خروجهما يفضي إلى تعارضهما وإسقاط دلالتهما، إذ لا يتصوّر حيض صحيح ومنيّ رجل».

«ونفى في التذكرة البأس عن هذا القول، وهو في محلّه. نعم، لو صار ذلك معتاداً قويت الدلالة»[1].

قلت: لا ينبغي التأمّل في دلالة الحيض ـ بعد فرض العلم بكونه حيضاً، لا أنّه بصفاته وإن احتمل كونه غير حيض ـ على التعيين وعلى البلوغ، كما أنّه لا ينبغي التأمّل في دلالة المني الخارج من الفرج ـ بعد العلم بكونه منيّاً ـ عليهما أيضاً إذا كان خروجه في زمان عدم إمكان خروجه من الذكر؛ لاستحالة ذلك من غير الأُنثى كما هو واضح.

أمّا لو كانا بالصفة مع احتمالهما غيرهما، فالمتّجه: ما هو المشهور من عدم الدلالة على أحدهما؛ لما عرفت. وقياسه على البول ـ مع أنّه منصوص ـ هو مع الفارق؛ ضرورة كون المفروض أنّهما بالصفات وإن لم يقطع بكونهما حيضاً أو منيّاً.

↑ ج٢٦/٤٧ ودعوى: أنّ الصفات ممّا تورث العلم، ظاهرة الفساد؛ وإلّا لم يمكن فرض التعارض فيهما في المسألة التي ذكرها المصنّف وغيره[2] بقوله: ﴿ولو حاض من فرج الإناث وأمنى من فرج الذكور حكم ببلوغه﴾ على المشهور بين الأصحاب نقلاً[3] إن لم يكن

---

(١) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٧ ـ ١٤٨.

(٢) انظر الهامش بعد اللاحق.

(٣) كما في تذكرة الفقهاء: الحجر / في الصغير ج ١٤ ص ١٩٢.

محصّلاً[١].

بل في المسالك : «أنّ دلالة ذلك عليه واضحة ؛ لأنّه إمّا ذكر فقد أمنى ، وإمّا أُنثى فقد حاضت» .

«وللعامّة قول بعدم ثبوت البلوغ بذلك ؛ لتعارض الخارجين وإسقاط كلّ واحد منهما الآخر ؛ ولهذا لا يحكم ـ والحال هذه ـ بالذكورة ولا بالأُنوثة ، فيبطل دلالتهما كالبيّنتين إذا تعارضتا»[٢] ، بل في المسالك : «هو وجه في المسألة»[٣].

قلت : هو ـ مع أنّه منافٍ للوضوح الذي ادّعاه سابقاً ، اللّهمّ إلّا أن يريد بالوجه : مطلق الاحتمال ، وإن كان واضح الضعف ـ تعارضهما بالنسبة إلى الدلالة على الذكورة أو الأُنوثة لا يقضي به بالنسبة إلى البلوغ ؛ ضرورة عدم التلازم بينهما كما هو واضح ، والله أعلم .

﴿الوصف الثاني﴾ الذي يتوقّف عليه رفع الحجر : ﴿الرشد﴾ في المال ، بلا خلاف أجده فيه[٤] ، بل الإجماع بقسميه عليه[٥] ، بل

(١) ينظر المبسوط : كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥٠ . وقواعد الأحكام : الحجر / في الصغير ج ٢ ص ١٣٤ . ومسالك الأفهام : (انظر الهامش اللاحق) . ومفتاح الكرامة : الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٢٤ .

(٢) مسالك الأفهام : الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٨ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) كما في مسالك الأفهام (للكاظمي) : ذيل بحث الوصيّة ج ٣ ص ١٣١ .

(٥) ينظر غنية النزوع : في الحجر ص ٢٥١ و ٢٥٢ . ومسالك الأفهام : الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٠ . ومجمع الفائدة والبرهان : الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ١٩٣ .
وتأتي بعض المصادر خلال البحث .

الكتاب[١] والسنّة[٢] دالّة عليه أيضاً.

والمرجع فيه: العرف، كما في غيره من الألفاظ التي لا حقيقة شرعيّة لها ولا لغويّة مخالفة للعرف.

وما عن الكشّاف من أنّ «الرشد: الهداية»[٣] ـ والقاموس: «الاهتداء»[٤]، والنهاية[٥] والصحاح[٦]: «خلاف الغيّ» المفسّر فيهما[٧] بالضلال ـ لا ينافي ما ذكره الأصحاب في المقام؛ إذ هو بالنسبة إلى خصوص المال، ولو سلّم فالعرف مقدّم على اللغة عندنا، كما حرّرناه في محلّه.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿هو إصلاح المال[٨]﴾ وقد قيل: إنّه قد طفحت به عباراتهم[٩].

بل عن التنقيح: «أنّه لا شكّ فيه عند العرف»[١٠].

---

(١) سورة النساء: الآية ٦.

(٢) يأتي التعرّض لبعضها لاحقاً: من قبيل ما في ص ١٨٦.

(٣) تفسير الكشّاف: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ١ ص ٤٧٣.

(٤) القاموس المحيط: ج ١ ص ٥٧٠ (رشد).

(٥) النهاية (لابن الأثير): ج ٢ ص ٢٢٥ (رشد).

(٦) الصحاح: ج ٢ ص ٤٧٤ (رشد).

(٧) النهاية (لابن الأثير): ج ٣ ص ٣٩٧ (غوا). الصحاح: ج ٦ ص ٢٤٥٠ (غوا).

(٨) في نسختي الشرائع والمسالك ـ وأُشير إليها في هامش المعتمدة ـ بدلها: هو أن يكون مصلحاً لماله.

(٩) مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٤٤.

(١٠) التنقيح الرائع: كتاب الحجر ج ٢ ص ١٨١.

ومجمع البرهان: «هو الظاهر المتبادر منه عرفاً، وأنّه هو الذي ذكره الأصحاب»[١].

وعن مجمع البيان: «أنّه العقل وإصلاح المال، وهو المروي عن الباقر عليه السلام»[٢].

وعن مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام في تفسير الآية: «أنّه حفظ المال»[٣].

ولعلّ مرجع الجميع إلى شيء واحد، وهو ما صدق عليه عرفاً
أنّه رشيد بالنسبة إلى المال، إلّا أنّ قاعدتهم في مثل هذه الألفاظ ج ٢٦ / ٤٨
الراجعة إلى العرف عدم التحديد التامّ، اتّكالاً عليه، بل ربّما لا يتأتّى في بعض المقامات تحديده على الوجه التامّ؛ ومن هنا قد عرفت تفسيره بما سمعت.

وفي القواعد[٤] وعن غيرها[٥]: «أنّه كيفيّة نفسانيّة تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء» وكثير منهم ـ ممّن فسّره بالإصلاح ـ قد أخذ الملكة فيه في مقام آخر، وجميع ذلك ـ عند

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ١٩٤.

(٢) تفسير التبيان: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ٣ ص ١١٧، مجمع البيان: ذيل نفس الآية ج ٣ ص ١٦.

(٣) مجمع البحرين: ج ٣ ص ٥٠ (رشد).

(٤) قواعد الأحكام: الحجر / في الصغير ج ٢ ص ١٣٤.

(٥) كالمهذّب البارع: كتاب الحجر ج ٢ ص ٥١٦، وجامع المقاصد: الحجر / في الصغير ج ٥ ص ١٨٣، ومسالك الأفهام: (انظر الهامش اللاحق).

التأمّل ـ فضول ؛ لوفاء العرف في مصداقه ، فليس من وظائف الفقيه البحث فيه فضلاً عن الإطناب .

نعم ، جرت عادتهم بذكر تفسير له على جهة الإجمال ؛ ولذا تختلف في القيود .

ومن هنا يعرف ما في المسالك في شرح عبارة المتن ـ معترضاً بها عليه ، بل وعلى غيره ـ قال : «ليس مطلق الإصلاح موجباً للرشد ، بل الحقّ أنّ الرشد ملكة نفسانيّة تقتضي إصلاح المال وتمنع من إفساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء» .

«واحترزنا بـ(الملكة) عن مطلق الكيفيّة ، فإنّها ليست كافية ، بل لابدّ من أن تصير ملكة يعسر زوالها» .

«وبـ(اقتضائها إصلاح المال) عمّا لو كان غير مفسد له ، ولكن لا رغبة له في إصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء ، فإنّ ذلك غير كافٍ في تحقّق الرشد ، ومن ثمّ يختبر باعتنائه بالأعمال اللائقة بحاله ، كما سيأتي» .

«وبـ(منعه من إفساده) عمّا لو كان له ملكة الإصلاح والعمل وجمع المال ، ولكن ينفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله ، فإنّه لا يكون رشيداً»[١] .

وفيه أوّلاً[٢] : أنّه من المعلوم إرادة الصفة اللازمة ؛ ضرورة عدم

(١) مسالك الأفهام : الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٨ .
(٢) لا عدل لها ظاهر في العبارة .

صدق الرشيد عرفاً على من حصل منه ذلك على وجه الاتّفاق، ومرجع الملكة إلى ذلك، فهي مرادة للجميع بهذا المعنى قطعاً.

والمراد بإصلاح المال: حفظه والاعتناء بحاله، وعدم تبذيره، والمبالاة به... ونحو ذلك ممّا ينافيه الصرف بالأعمال التي لا تليق بحاله، أمّا تنميته والتكسّب به فقد يمنع اعتباره في الرشد عرفاً، من غير فرق بين أولاد الرؤساء وغيرهم.

وستعرف عدم وجوب الاختبار بالأعمال اللائقة بحاله، وإنّما هو طريق من طرق معرفة الرشد، كالغزل والاستغزال والنسج والاستنساج في الأُنثى، والجمع بينهما في الخنثى؛ ضرورة عدم توقّف تحقّق الرشد
↑ ج ٢٦ / ٤٩ عرفاً على ذلك، بل قد يتحقّق عرفاً بدونه، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

وبالجملة: إطالة الكلام في تحقيق مصداق الرشد في المال ـ مع وفاء العرف به ـ تضييع للعمر فيما لا ينبغي.

﴿و﴾ أولى من ذلك البحث في أنّه ﴿هل يعتبر﴾ فيه ﴿العدالة﴾ أو لا؟ حتّى قال المصنّف: ﴿فيه تردّد﴾ بل وخلاف:

فعن الشيخ(١) والراوندي(٢) وأبي المكارم(٣) وفخر الإسلام(٤): اعتبارها، بل عن الغنية: الإجماع عليه(٥).

---

(١) الخلاف: الحجر/مسألة ٣ ج ٣ ص ٢٨٣ و ٢٨٤. المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥١.

(٢) فقه القرآن: باب الإفلاس والحجر ج ٢ ص ٧٣.

(٣) انظر الهامش بعد اللاحق.

(٤) حاشية الإرشاد: الحجر / في أسبابه ص ٥٥ (مخطوط).

(٥) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥٢.

والمشهور نقلاً[١] وتحصيلاً[٢] ـ بل في المسالك[٣] ومحكيّ التذكرة[٤] : نسبته إلى أكثر أهل العلم ـ العدم ؛ إذ لا ريب في صدق العرف بدونها ، ولو كانت معتبرة في الابتداء لاعتبرت في الاستدامة ، وهو معلوم الفساد بالسيرة القطعيّة في معاملة المخالفين وأهل الذمّة والفسقة . . . وغيرهم .

ومن هنا حكي عن التذكرة : الإجماع على عدم التحجير بطروّ الفسق الذي لم يستلزم تبذيراً[٥] ، وعلى عدم مدخليّة ترك المروّة ـ ككشف الرأس ومدّ الرجل . . . وأشباه ذلك ـ في العدالة ، على تقدير اعتبارها في دفع المال[٦] .

قلت : بل يمكن دعوى كونه ضروريّاً يشكّ في إسلام منكره ، وقد صرّح الأصحاب[٧] بجواز بيع الخشب لمن يعمل الأصنام ، والتمر

---

(١) نقلت الشهرة في الروضة البهيّة: كتاب الحجر ج ٤ ص ١٠٢، وكفاية الأحكام: الحجر / في موجباته ج ١ ص ٥٨٣.

(٢) ممّن ذهب إلى عدم الاشتراط: ابن الجنيد على ما حكاه العلّامة في المختلف ـ واختاره هو ـ: الديون / في الحجر ج ٥ ص ٤٣١. والآبي في كشف الرموز: كتاب الحجر ج ١ ص ٥٥٣. والشهيد الأوّل في اللمعة: كتاب الحجر ص ١٤٢. والمقداد في التنقيح: كتاب الحجر ج ٢ ص ١٨١.

(٣) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٤٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢٠٣.

(٥) المصدر السابق: ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٦) المصدر السابق: ص ٢٠٤.

(٧) كالشيخ في النهاية: المكاسب / المكاسب المحظورة ج ٢ ص ١٠٥، وابن إدريس في السرائر: المكاسب / ضروب المكاسب ج ٢ ص ٢٢٥. والعلّامة في التذكرة: البيع / أنواع المكاسب ج ١٢ ص ١٣٩. والشهيد في اللمعة: المتاجر / الفصل الأوّل ص ١٠٨.

والزبيب لمن يصنع الخمر .

فمن الغريب : النقل عن الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن زهرة التزام ذلك ، بل هو في المبسوط لم يجعل ذلك احتياطاً ، كالمحكي عن الخلاف والغنية[١] المستظهر[٢] من الاحتياط فيهما الوجوب دون الندب ، مع أنّ الإنكار عليهما في الاحتياط لو اُريد منه الاستحباب واضح ، فضلاً عمّا لو لم يكن احتياطاً .

وأغرب من ذلك استدلالهما[٣] عليه بقوله [تعالى]: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم»[٤] بضميمة ما روي عنهم من أنّ «شارب الخمر سفيه»[٥] ، وبأنّ الفاسق موصوف بالغيّ الذي هو ضدّ الرشد المعتبر في المال ، ولأنّ المتيقّن العدل دون غيره . . . ونحو ذلك ممّا لا يليق بالفقيه جعل شيء منها مدركاً للحكم الشرعي ، كما هو واضح .

وأطرف من ذلك كلّه : القول[٦] بأنّه لا يرد عليهما ـ على تقدير
قولهما بذلك ـ شيء ممّا ذكر ؛ لأنّ العدالة عندهما ظاهر الإسلام مع ج ٢٦ / ٥٠
عدم ظهور الفسق ، أو حسن الظاهر ، وهما معاً متحقّقان في غالب

---

(١) تقدّم نقل المصادر آنفاً .

(٢) كما في مفتاح الكرامة : الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٤٧ .

(٣) ينظر الخلاف : الحجر / مسألة ٣ و ٨ ج ٣ ص ٢٨٤ و ٢٨٩ . وغنية النزوع : في الحجر ص ٢٥٢ .

(٤) سورة النساء : الآية ٥ .

(٥) عوالي اللآلي : باب الحجر ح ٧ ج ٣ ص ٢٤٠ . تفسير العيّاشي : تفسير سورة البقرة ح ٥٢١ ج ١ ص ١٥٥ . وسائل الشيعة : باب ٤٦ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٣٧٠ .

(٦) كما في مفتاح الكرامة : الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٤٩ ـ ٥٠ .

الناس ؛ إذ هو كما ترى .

نعم ، لهما الفرق بين الابتداء والاستدامة ، مع أنّه ليس لهما أيضاً ؛ للقطع بتحقّق الرشد عرفاً بدونها ، فلا يجوز منع مال الناس بأمثال هذه المزخرفات .

وبعض أفراد الفسق ـ الذي يرتفع معها وصف الرشد ، ويثبت بها وصف السفه ـ لا يقضي باعتبار العدالة في ماهيّة الرشد قطعاً ، كما هو واضح .

وبالجملة : الإطناب في ذلك ـ كما وقع لبعضهم[1] ـ أيضاً من تضييع العمر فيما لا ينبغي ، كالمسألة السابقة ، والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿ـإذا لم يجتمع الوصفان﴾ أي البلوغ والرشد ﴿كان الحجر باقياً﴾ بلا خلاف[2] ولا إشكال .

﴿وكذا لو لم يحصل الرشد ولو طعن في السنّ﴾ لإطلاق الأدلّة ، خلافاً لبعض العامّة : فأوجب دفع المال إليه إذا بلغ خمسة وعشرين سنة على كلّ حال[3] .

---

(١) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ١٩٤ فما بعدها.

(٢) ينظر المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥١، وغنية النزوع: في الحجر ص ٢٥٢. وقواعد الأحكام: الحجر / في الصغير ج ٢ ص ١٣٤، ومسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٠.

(٣) مجمع الأنهر: ج ٢ ص ٤٣٩، بدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٧١، الهداية (للمرغيناني): ج ٣ ص ٢٨١، المجموع: ج ١٣ ص ٣٦٨، المغني (لابن قدامة): ج ٤ ص ٥١١، الشرح الكبير: ج ٤ ص ٥١١، بداية المجتهد: ج ٢ ص ٢٧٨.

﴿و﴾ أمّا ما ﴿يعلم﴾ به ﴿رشده﴾ فهو أيضاً بطرق لا تنحصر عرفاً، ومنها معرفته ﴿باختباره بما يلائمه من التصرّفات، ليعلم قوّته على المكايسة في المبايعات وتحفّظه من الانخداع﴾ .

﴿وكذا تختبر الصبيّة، و﴾ حينئذٍ فيعرف ﴿رشدها بأن تحتفظ[1] من التبذير، وأن تستغني[2] بالاستغزال مثلاً و﴾ بـ ﴿الاستنساج[3] إن كانت من أهل ذلك أو بما يضاهيه من الحركات المناسبة لها﴾ ويأتي تمام الكلام في آخر المبحث إن شاء الله تعالى .

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿ـيثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال﴾ إجماعاً[4] ﴿وبشهادة الرجال﴾ منفردين ﴿والنساء﴾ كذلك ﴿في النساء﴾ أو مع التلفيق ، بلا خلاف أجده فيه[5]، بل قيل : «عليه الإجماع في كثير من العبارات»[6] وإن كنّا لم نتحقّقه .

﴿دفعاً لمشقّة الاقتصار﴾ على الرجال فيهنّ وغيره ، فيندرج فيما دلّ على نفيهما من الآية[7] والرواية[8].

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: أن تتحفّظ.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك ـ وأشير إليها في هامش المعتمدة ـ: تعتني.

(٣) في نسخة الشرائع: «الاستنتاج».

(٤) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ٢٠٠، ومفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٦٧.

(٥) كما في رياض المسائل: (انظر الهامش اللاحق).

(٦) رياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٥١.

(٧) سورة الحج: الآية ٧٨.

(٨) وسائل الشيعة: باب ٣٩ من أبواب الوضوء ح ٥ ج ١ ص ٤٦٤.

بل قد يندرج فيما دلّ على قبول شهادتهنّ فيما يعسر اطّلاع الرجال عليه من النصوص[١]، وإن كان لا يخلو من بحث لولا الاعتضاد باتّفاق الأصحاب ظاهراً عليه.

فظهر حينئذٍ: عدم الإشكال في الحكم بجميع أفراده.

والخناثى كالنساء على الظاهر.

إنّما الكلام: في اعتبار قيام بيّنة الرشد عند الحاكم وحكمه بها في الثبوت، أو يكفي قيامها بعد معلوميّة جمعها للشرائط من العدالة ↑ ج ٢٦ / ٩١
ونحوها عند من في يده المال؟

ربّما احتمل[٢] الأوّل؛ لمعلوميّة اعتبار الحاكم في الشهادة، والفرض أنّ المقام من موضوعها؛ وإلّا لاكتفي بخبر الواحد.

وقد يقوى الثاني، خصوصاً مع تعذّر الحاكم أو تعسّر الوصول إليه؛ لعموم قبول البيّنة، ومنع اشتراطها بالحاكم في المقام وأمثاله الذي قيل: إنّه يكتفى فيه بالظاهر؛ للسيرة القطعيّة في معاملة مجهول الحال، والبيّنة لا تقصر عنه[٣].

كما أنّه قيل: يتحقّق وصف الرشد بقيامها ولو عند غيره، فيحصل حينئذٍ شرط الدفع[٤]، وإن كان لا يخلو من نظر.

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٤ من كتاب الشهادات ج ٢٧ ص ٣٥٠.
(٢) كما في رياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٥١.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ١٩٩ (بتصرّف).
(٤) المصدر السابق.

وتمام الكلام في المسألة في مقام آخر؛ ضرورة كثرة أفرادها، والله أعلم.

هذا كلّه في الرشيد.

﴿وأمّا السفيه﴾ بالنسبة إلى المال ﴿فهو﴾ المقابل له، فيكون عبارة عن ﴿الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة﴾ عند العقلاء ولو أبناء الدنيا؛ لما عرفت من أنّ الرشد إصلاح المال، وتحقّقه لا يحصل إلّا بعدم الصرف في غير الأغراض الصحيحة.

وتمام الكلام فيه يعرف ممّا قدّمناه في الرشد، وأنّ مرجعه إلى العرف الذي لا شكّ في عدم تحقّقه بمجرّد الصرف في مطلق المعاصي؛ إمّا لأنّه ليس تبذيراً، أو لأنّه به لا يتحقّق السفه عرفاً.

لكن في المحكي عن التحرير: «إن استلزم فسقه التبذير ـ كشراء الخمر وآلات اللهو، والنفقة على الفاسق ـ لا يسلّم إليه شيء؛ لتبذيره»[١].

وفي المحكي عن التذكرة: «الفاسق إذا كان ينفق أمواله في المعاصي ويتوصّل بها إلى الفساد فهو غير رشيد ولا تدفع إليه أمواله إجماعاً»[٢]. بل قيل: «الظاهر أنّه إجماع الأُمّة»[٣].

وفيه: أنّ مثله قد لا يعدّ عرفاً سفيهاً خصوصاً الإنفاق على الفاسق؛ وإلّا لاتّجه ما عن الأردبيلي من الإشكال بـ«أنّه قلّما يخلو

(١) تحرير الأحكام: الحجر / في أسبابه ج ٢ ص ٥٣٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢٠٤.

(٣) مفتاح الكرامة: الحجر / في السفيه ج ١٦ ص ١٢٩.

عن ذلك الإنسان، فإنّهم يشترون ما لا يجوز، ويستعملون الربا، ويعطون الأموال للمغنّي واللاعب بالمحرّم وإلى من يأخذ من الناس الأموال قهراً، خصوصاً الحكّام والظلمة، فيلزم أن يكونوا سفهاء لا تجوز معاملتهم ومناكحتهم وأخذ عطاياهم وزكواتهم وخمسهم، فإنّهم سفهاء بإجماع الأُمّة كما فهمناه من التذكرة. مع أنّهم صرّحوا ↑ ج ٢٦ / ٥٢
وأطلقوا[1] معاملاتهم ومناكحتهم وقبول جوائزهم وقالوا بكراهتها».

«بل يمكن أن يقال: إنّ صرفه في العنب بأن يعمل خمراً، وفي الخشب بأن يعمل صنماً... ونحو ذلك صرف في المحرّم، فيكون فاعله سفيهاً لا تجوز معاملته ومناكحته، مع أنّهم جوّزوا ذلك وقالوا بكراهتها. ولا شكّ أنّ صرفه ـ ولو كان قليلاً من الإطعام ـ للرياء والسمعة... وغير ذلك من الأغراض الغير الصحيحة شرعاً حرام فيكون موجباً للسفه، ومن الذي يخلو عنه من أرباب الأموال؟! فيلزم عدم جواز أخذ العطيّة بل الزكاة والخمس منهم، فتأمّل».

«وبالجملة: فالتنزّه عنه متعسّر جدّاً؛ فإنّه لو لم يعامل السفيه فإنّه يعامل من يعامله».

«ويصعّب ذلك أيضاً أنّهم قالوا: إنّ الرشد شرط، فلابدّ من تحقّقه ليعمل بالمشروط، فمن جاء إلى سوق كيف يعرف ذلك؟! بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذي هو شرط بالإجماع؟! فالظاهر

(١) في المصدر بعدها إضافة: جواز.

أنّهم يبنون على الظاهر ويتركون الأصل ، فإنّ حال الإنسان أنّه لم يفعل حراماً ولا يصرف ماله فيه».

«ولعلّ هذا المقدار كافٍ للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة والمناكحة ؛ ولهذا ما نقل الامتناع والتفحّص عنهم عليهم السلام ولا عن أحد من العلماء المتديّنين ، ويكون الاختبار الابتدائي لتسليم المال للنصّ والإجماع»[1].

وفيه : أنّ ذلك لا يجدي في المعلوم حالهم ، كالحكّام وغيرهم.

ومن هنا التجأ بعضهم[2] إلى الجواب : بأنّ السفيه لا تجوز تصرّفاته بعد الحجر عليه لا قبله ، وليس السفه بنفسه موجباً للمنع .

وهو أيضاً منافٍ لإطلاق النصّ والفتوى ، بل وقوله : «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم»[3] وغيره .

فالتحقيق : ما عرفته من أنّ المناط في تحقّقه وصدقه العرف ، ولا ريب في عدمه عرفاً في جميع ما ذكره ؛ ضرورة اختلاف أصناف الناس ، فقد يليق بالسلطان ما لا يليق بغيره ، ولا يعدّ به سفيهاً وإن كان صرفه في محرّم ، كما هو واضح .

وقد عرفت أنّ السيرة القطعيّة على معاملة مجهول الحال ؛ عملاً بظاهر الحال وأصل الصحّة . . . وغير ذلك .

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٢٠ ـ ٢٢٢.

(٢) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الحجر / في السفيه ج ١٦ ص ١٣١.

(٣) سورة النساء: الآية ٥.

وحيث عرفت أنّ المدار في السفه والرشد على العرف، فقد يقال ↑ ج ٢٦ / ٥٣ بتحقّق الأوّل منهما فيه بصرف جميع المال في وجوه البرّ، خصوصاً بالنسبة إلى بعض الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأحوال، كما أومأ إليه ربّ العزّة بقوله: «ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كلّ البسط»[١]، «ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو»[٢].

وهو كما عن الصادق عليه السلام: «الوسط من غير إسراف ولا إقتار»[٣]. والباقر عليه السلام: «ما فضل عن قوت السنة»[٤]، وابن عبّاس: «ما فضل عن الأهل والعيال، أو الفضل عن الغنى»[٥].

وعن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال لمن أتاه ببيضة من ذهب أصابها في بعض الغزوات: «يجيء أحدكم بماله كلّه يتصدّق به ويجلس فيكفّف[٦] الناس، إنّما الصدقة عن ظهر غنى»[٧].

---

(١) سورة الإسراء: الآية ٢٩.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢١٩.

(٣) مجمع البيان: ذيل الآية ٢١٩ من سورة البقرة ج ١ ـ ٢ ص ٥٥٨. وانظر تفسير العيّاشي: تفسير سورة البقرة ح ٣١٥ ج ١ ص ١٠٦.

(٤) انظر «مجمع البيان» في الهامش السابق. وتفسير التبيان: ذيل الآية ٢١٩ من سورة البقرة ج ٢ ص ٢١٤.

(٥) مجمع البيان: ذيل الآية ٢١٩ من سورة البقرة ج ١ ـ ٢ ص ٥٥٨. تفسير الطبري: ذيل نفس الآية ح ٣٣١٦ ج ٢ ص ٤٤٨.

(٦) في المصدر: يتكفّف.

(٧) عوالي اللآلي: المسلك الرابع من الباب الأوّل ح ١٩٢ ج ٢ ص ٧٣. مستدرك الوسائل: باب ٣٩ من أبواب الصدقة ح ٢ ج ٧ ص ٢٤٠.

والمرسل عن الصادق عليه السلام : «لو أنّ رجلاً أنفق ما في يده في سبيل الله ما كان أحسن ولا وفّق للخير ، أليس الله (تبارك وتعالى) يقول : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إنّ الله يحبّ المحسنين...)[١]؟!»[٢].

وعن الصادق عليه السلام[٣] أيضاً : «قوله : (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً)[٤] فبسط كفّه وفرّق أصابعه وحناها شيئاً ، وقوله : (ولا تبسطها) فبسط راحته وقال : هكذا ، وقال : القوام ما يخرج من بين الأصابع ويبقى في الراحة منه شيء»[٥].

وعنه [عليه السلام] أيضاً : «أنّه تلا هذه الآية فأخذ قبضة من حصى وقبضها بيده ، فقال : هذا الإقتار الذي ذكره الله تعالى في كتابه ، ثمّ قبض قبضة أُخرى فأرخى كفّه كلّها ، ثمّ قال : هذا الإسراف ، ثمّ قبض أُخرى فأرخى بعضها وأمسك بعضها ، وقال : هذا القوام»[٦]. ↑ ج ٢٦ / ٥٤

وفي صحيح الوليد بن صبيح عنه [عليه السلام] أيضاً : «... إنّ رجلاً

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٥.
(٢) الكافي: الزكاة / باب فضل القصد ح ٧ ج ٤ ص ٥٣. وسائل الشيعة: باب ٢٥ من أبواب النفقات ح ٧ ج ٢١ ص ٥٥٢.
(٣) كذا في الوسائل، ولم يُنسب في الكافي إلى معصوم.
(٤) سورة الفرقان: الآية ٦٧.
(٥) الكافي: الزكاة / باب كراهيّة السرف ح ٩ ج ٤ ص ٥٦. وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب النفقات ح ١ ج ٢١ ص ٥٥٨.
(٦) الكافي: الزكاة / باب كراهيّة السرف ح ١ ج ٤ ص ٥٤. وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب النفقات ح ٦ ج ٢١ ص ٥٥٩.

كان[١] ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهم ، ثمّ شاء أن لا يُبقي منها إلّا وضعها في حقّ فيبقى لا مال له ، فيكون من الثلاثة الذين يردّ دعاؤهم ، قلت : من هم؟ قال : أحدهم رجل كان له مال فأنفقه في وجهه ثمّ قال : يا ربّ ارزقني ، فيقال له : ألم أرزقك؟! . . .»[٢].

بل في صحيح ابن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام : «سألته عن قول الله (عزّ وجلّ) : (وآتوا حقّه . . .)[٣] ـ إلى آخره ـ كان أبي يقول : من الإسراف في الحصاد والجذاذ أن يتصدّق بكفّيه جميعاً ، وكان أبي عليه السلام إذا حضر شيئاً من هذا فرأى أحداً من غلمانه أنّه يتصدّق بكفّيه صاح أعط بيد واحدة القبضة بعد القبضة والضغث بعد الضغث من السنبل»[٤].

وفي خبر ابن المثنّى : «سأل رجل أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله : (وآتوا حقّه يوم حصاده)[٥]؟ فقال : كان فلان بن فلان الأنصاري ـ سمّاه ـ وكان له حرث ، وكان إذا جذّه[٦] يتصدّق به ويبقى هو وعياله بغير شيء ، فجعل الله ذلك سرفاً»[٧].

(١) في المصادر : «لو كان» أو «لو أنّ رجلاً كان».

(٢) من لا يحضره الفقيه : الزكاة/باب فضل الصدقة ح١٧٤٧ ج٢ ص٦٩. مستطرفات السرائر : نوادر البزنطي ح ١٤ ص ٢٨. وسائل الشيعة : باب ٢٣ من أبواب الصدقة ح١ ج٩ ص ٤٢١.

(٣ و ٥) سورة الأنعام: الآية ١٤١.

(٤) الكافي : الزكاة / باب الحصاد والجداد ح ٦ ج ٣ ص ٥٦٦. وسائل الشيعة : باب ١٦ من أبواب زكاة الغلّات ح ١ ج ٩ ص ٢٠٢.

(٦) في المصدر بدلها : أخذ.

(٧) الكافي : الزكاة / باب كراهيّة السرف ح ٥ ج ٤ ص ٥٥. وسائل الشيعة : باب ٤٢ من أبواب الصدقة ح ٣ ج ٩ ص ٤٦١.

وعنه [عليه السلام] أيضاً: أنّه لمّا دخل الصوفيّة عليه أنكر عليهم ما يأمرون به الناس من خروج الإنسان من ماله بالصدقة على الفقراء والمساكين[١]. وفي بعض الأخبار: «... إنّ السرف أن تجعل ثوب صونك ثوب بذلتك»[٢]، وفي بعضها: «... إنّ السرف أمر يبغضه الله (عزّ وجلّ) حتّى طرحك النواة، فإنّها تصلح لشيء، وحتّى[٣] فضل شرابك»[٤].

وفي خبر إسحاق: «... ليس فيما أصلح البدن إسراف ـ وفيها: ـ
إنّما الإسراف فيما أفسد المال وأضرّ بالبدن، قيل: وما الإقتار؟ ↑ ج ٢٦ / ٥٥
قال: أكل الخبز والملح وأنت تقدر على غيره، قيل: فما القصد؟ قال: الخبز واللحم واللبن والخلّ والسمن، مرّة هذا ومرّة هذا»[٥]. ونحوه غيره[٦].

لكن في القواعد: «أنّ صرف المال في وجوه الخير ليس

---

(١) الكافي: المعيشة / باب دخول الصوفيّة... ح ١ ج ٥ ص ٦٥. وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب الصدقة ح ٨ ج ٩ ص ٤٣٢.

(٢) الكافي: الزي والتجمّل / باب اللباس ح ٤ ج ٦ ص ٤٤١. وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب أحكام الملابس ح ٣ ج ٥ ص ٢٢.

(٣) في المصدر بعدها إضافة: صبّك.

(٤) الكافي: الزكاة / باب فضل القصد ح ٢ ج ٤ ص ٥٢. الخصال: باب الواحد ح ٣٦ ص ١٠. وسائل الشيعة: باب ٢٥ من أبواب النفقات ح ٢ ج ٢١ ص ٥٥١.

(٥) الكافي: الزكاة / باب فضل القصد ح ١٠ ج ٤ ص ٥٣. وسائل الشيعة: باب ٢٦ من أبواب النفقات ح ١ ج ٢١ ص ٥٥٥.

(٦) وسائل الشيعة: باب ٣٨ من أبواب آداب الحمّام ح ٤ و ٥ ج ٢ ص ٧٨ و ٧٩.

تبذيراً»[١]. كما عن ظاهر مجمع البرهان[٢]، بل وعن مجمع البيان[٣]، بل في المسالك: «أنّ المشهور ذلك؛ لأنّه لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف»[٤]. ولم يثبت كونه خيراً.

وعن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال لعليّ عليه السلام: «... وأمّا الصدقة فجهدك...»[٥].

وبالنصوص الدالّة على الترغيب في ذلك[٦]، بل في المسالك: «ومن المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة وبعض الأئمّة كالحسن عليه السلام صلات[٧] من أموالهم في الخير»[٨]. وقصّة صدقة أميرالمؤمنين عليه السلام بالأقراص مشهورة[٩].

وفي الأوّل: أنّه لا دلالة فيه على الفرض كالنصوص، والمستفيض عنهم لعلّه لأنّه يليق بهم ما لا يليق بغيرهم.

وعلى كلّ حال، فالمحكّم العرف كما عرفت، والله أعلم.

---

(١) قواعد الأحكام: الحجر / في الصغير ج ٢ ص ١٣٥.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ٢٠٠...

(٣) مجمع البيان: ذيل الآية ٢٦ من سورة الإسراء ج ٥ ـ ٦ ص ٦٣٤. وانظر ذيل الآية ٦٧ من سورة الفرقان ج ٧ ـ ٨ ص ٢٨٠.

(٤) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٢.

(٥) الكافي: الزكاة / باب فضل الصدقة ح ٨ ج ٤ ص ٣. وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب الصدقة ح ١ ج ٩ ص ٣٧٨.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب الصدقة فما بعده ج ٩ ص ٣٦٧ فما بعدها.

(٧) هذه الكلمة ليست في المصدر.

(٨) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٢.

(٩) تفسير الكشّاف: ذيل الآية ١٢ من سورة الإنسان ج ٤ ص ٦٧٠. مجمع البيان: مقدّمة سورة الإنسان ج ٩ ـ ١٠ ص ٦١١.

وكيف كان ﴿فلو باع والحال هذه﴾ أي غير رشيد ﴿لم يمض بيعه﴾ ولا شراؤه . . . ولا غير ذلك من عقوده ومعاملاته إذا حجر عليه الحاكم أو مطلقاً على الخلاف ﴿وكذا لو وهب أو أقرّ بمال﴾ .

والضابط : المنع من التصرّفات الماليّة ، بلا خلاف أجده فيه[١]، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه ، بل عن مجمع البرهان دعواه[٢] .

وهو الحجّة بعد الاعتضاد بما دلّ عليه من كتاب[٣] وسنّة[٤]، من غير فرق في ذلك بين ما ناسب أفعال العقلاء منها أو لا ، ولا بين العين والذمّة ، ولا بين الذكر والأُنثى ، بل هي أولى منه ؛ لنقصان عقلها ويسر انخداعها ، ومن هنا حكي عن بعض العامّة : بقاء الحجر عليها وإن بلغت رشيدة[٥] .

والظاهر دخول تزويجها نفسها في التصرّفات الماليّة ـ من جهة مقابلة البضع بالمال ـ فلا يجوز بدون إذن الولي ، أمّا الذكر فظاهر ؛ لأنّ الصداق منه .

وما عن نكاح القواعد من أنّ «السفيه إذا كان به ضرورة إلى النكاح

(١) كما في رياض السائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٥٣.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ٢١٢.
(٣) سورة النساء: الآية ٦.
(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١و٢ من كتاب الحجر ج ١٨ ص ٤٠٩ وما بعدها.
(٥) المغني (لابن قدامة): ج ٤ ص ٥١٧، الشرح الكبير: ج ٤ ص ٥١٧، المجموع: ج ١٣ ص ٣٧٢، بداية المجتهد: ج ٢ ص ٢٧٩.

وتعذّر الحاكم والولي ، فإنّه يجوز أن يتزوّج واحدة لا أزيد بمهر المثل»(١) خارج عمّا نحن فيه .

كالمحكي من نكاح التذكرة أيضاً من أنّه «لو نكح السفيه بغير إذن ↑ الولي مع حاجته إليه وطلبه من الولي فلم يزوّجه ، قال الشيخ رحمه‌الله : ج ٢٦ / ٥٦ الأقوى الصحّة ؛ لأنّ الحقّ تعيّن له ، فإذا تعذّر عليه أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه ، كمن له حقّ عند غيره فمنعه وتعذّر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضا المديون»(٢) .

وحكى عن أحد وجهي بعض الشافعيّة : أنّ النكاح يبطل ولا حدّ ولا مهر ، وعن بعض : أنّ لها مهر المثل ، وعن بعض : أنّ لها أقلّ ما يتموّل ، رعايةً لحقّ السفيه ووفاءً لحقّ العقد ؛ إذ به يتميّز عن السفاح(٣) .

ولتحقيق ذلك مقام آخر ، إنّما الكلام في أنّه ممنوع من التصرّفات الماليّة بدون إذن الولي ، وحال تعذّر الولي أو مخالفته شيء آخر ، كما هو واضح .

﴿نعم، يصحّ طلاقه وظهاره وخلعه وإقراره بالنسب وبما يوجب القصاص﴾ ونحو ذلك ممّا ليس هو تصرّفاً ماليّاً ؛ للأصل السالم عن المعارض **﴿إذ المقتضي للحجر صيانة المال عن**

(١) قواعد الأحكام: النكاح / في الأولياء ج ٣ ص ١٢ (بتصرّف).

(٢) تذكرة الفقهاء: النكاح / في المولّى عليه ج ٢ ص ٦١١ (الطبعة الحجرية).

(٣) الهامش السابق.

الإتلاف﴾ فيختصّ منعه بما يقتضيه ، دون ذلك ممّا ليس ماليّاً .

ولا يشكل الخلع إذا كان بدون المثل ؛ لأنّه إذا كان له الطلاق بدون عوض أصلاً فمعه بطريق أولى . اللّهمّ إلّا أن يفرّق بين الخلع مطلقاً وغيره : بصدق الماليّة حينئذٍ ، فيراعى إذن الولي بمقداره وجنسه . . . ونحو ذلك .

وكذا قد يشكل الإقرار بالنسب إذا تضمّن الإنفاق ونحوه ممّا يرجع إلى المال .

ويدفع : بأنّ المال فيه تبعي لا أصلي .

وقد يقال : بقبوله في النسب خاصّة دون الإنفاق . ويؤيّده : أنّه ربّما يجعل ذلك وسيلةً لإتلاف المال لو قلنا بقبوله ، بل جزم به في المسالك ، بل ظاهره أنّ هذا هو المعروف ، قال :

«وإن كان أحدهما لا ينفكّ عن الآخر إلّا أنّ تلازمهما غير معلوم ، بل هو كالإقرار بالسرقة مرّة واحدة من الحرز ، فإنّه يثبت به المال دون القطع . وبالعكس لو أقرّ بها السفيه ، فإنّه يقبل في القطع دون المال . وحينئذٍ فالنفقة من بيت المال المعدّ لمصالح المسلمين» .

«وللشهيد قول بأنّه ينفق عليه من ماله ؛ لأنّه فرع ثبوت النسب ، ولأنّ الإنفاق من بيت المال إضرار بالمسلمين ، فكما يمنع من الإضرار بماله يمنع من الإضرار بغيره» .

↑ ورِدّه بـ «أنّ إقراره إنّما ينفذ فيما لا يتعلّق بالمال ، وبيت المال معدّ

ج ٢٦ / ٥٧ لمصالح المسلمين ، فكيف يقال : إنّ مثل ذلك يضرّ بهم؟! إذ ذلك آتٍ

في كلّ من يأخذ منه جزاء[١]»[٢].

قلت : للشهيد أن يقول : إنّ عموم الإقرار يشمله بعد أن لم يكن تصرّفاً ماليّاً ، والمال من التوابع فيبقى على مقتضى الضوابط ، فتأمّل جيّداً .

وعلى كلّ حال ، فممّا سمعت قد ينقدح الإشكال في الإقرار بما يوجب القصاص ، وقد تقدّم لنا البحث في نظير ذلك إذا أراد فداء نفسه بالمال ، لكنّ الأقوى ـ كما في المسالك ـ وجوب الفداء[٣] ، أمّا إذا لم يكن كذلك فلا إشكال في القبول ، والله أعلم .

﴿ولا يجوز تسليم عوض الخلع إليه﴾ إذا كان مالاً وإن كان هو الذي يوقع الخلع .

﴿ولو وكّله أجنبيّ في بيع أو هبة﴾ مثلاً ﴿جاز؛ لأنّ السفه لم يسلبه﴾ حكم عبارته ولا ﴿أهليّة﴾ مطلق ﴿التصرّف﴾ بل في ماله خاصّة ، فيبقى غيره مندرجاً فيما دلّ على الصحّة كما هو واضح ، خلافاً لبعض العامّة[٤] .

﴿ولو أذن له الوليّ في النكاح﴾ الذي فيه مصلحته التي سوّغت للولي الإذن فيه ﴿جاز﴾ إن عيّن له المهر والزوجة ونحو ذلك ، بحيث

---

(١) في المصدر بدلها: جزءً.

(٢) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٤.

(٣) المصدر السابق: ص ١٥٦.

(٤) التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٢١١.

يؤمن معه من إتلاف المال ، بلا خلاف[١] ولا إشكـال ، بـل وإن عـيّن الزوجة وأطلق المهر ؛ لأنّه ينصرف حينئذٍ إلى مهر المثل .

وكذا غيره من العقود على الأقوى .

واحتمال[٢] : الفرق بين النكاح والبيع ـ مـثلاً ـ بأنّ المـقصود مـن الثاني المال دون الأوّل ، وبأنّ السوق يختلف ساعة فساعة ، فناسب أن يكون الولي هو العاقد احتياطاً للمال ، بخلاف النكاح ـ ولذا حكي عن الشيخ[٣] والقاضي[٤] المخالفة ، بل وعن غيرهما[٥] ـ كـما تـرى مـجرّد اعتبار لا يصلح أن يكون مدركاً .

وقد ظهر من ذ لك وغيره أنّه ليس مسلوب العـبارة ﴿و﴾ حـينئذٍ فـ﴿ـلو باع فأجاز الوليّ فالوجه الجواز؛ للأمن مـن الانـخداع﴾ حينئذٍ ، ولأنّه أولى من الفضولي بذلك .

خلافاً لما سمعته من الشيخ والقاضي ؛ ضرورة أولويّة المنع هنا ممّا سمعته سابقاً من تقدّم الإذن ، بل حكاه في المسالك عنهم[٦] هنا[٧] . وقد يفرّق بين المقامين ، والله أعلم .

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / في السفيه ج ١٦ ص ١٤٢.

(٢) كما في تذكرة الفقهاء: النكاح / في المولّى عليه ج ٢ ص ٦١٠ (الطبعة الحجرية).

(٣) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الحجر ج ٥ ص ٤٣٤.

(٥) مال إليه العلّامة في التذكرة: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٦) حكاه عن الشيخ وجماعة من دون تعرّض للقاضي باسمه.

(٧) مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٥.

﴿و﴾ الخامس : ﴿المملوك﴾ وهو ﴿ممنوع من التصرّفات إلّا بإذن المولى﴾ كما تقدّم البحث فيه مفصّلاً في باب القرض[١]. ج ٢٦ / ٥٨

﴿و﴾ السادس : ﴿المريض﴾ وهو ﴿ممنوع من الوصيّة بما زاد عن الثلث﴾ كالصحيح ﴿إجماعاً﴾ محصّلاً[٢] ومحكيّاً مستفيضاً أو متواتراً[٣]، كالنصوص المشتمل جملة منها على أنّه الحيف والتعدّي وأنّه يردّ إلى الثلث الذي هو المعروف والغاية في الوصيّة[٤].

وخلاف عليّ بن بابويه غير قادح أو غير ثابت؛ لأنّه قال ـ كما في المختلف ـ : «فإن أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصيّة ، وإن أوصى بماله كلّه فهو أعلم بما فعله ، ويلزم الوصي إنفاذ وصيّته على ما أوصى»[٥]. وهو عين المحكي عن فقه الرضا عليه السلام[٦].

ولعلّه بعد قوله : «هو الغاية» غير صريح في الخلاف ، ويكون قوله :

---

(١) في ج ٢٦ ص ١٣٤...

(٢) ينظر المقنعة: الوصيّة / الوصيّة والهبة في المرض ص ٦٧١. والمبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٥، والجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٧، ومسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٥ ـ ١٥٦، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٨ ج ٣ ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٢٩، التنقيح الرائع: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٣٩٩، الحدائق الناضرة: الحجر / في موجباته ج ٢٠ ص ٣٥٣، رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠، ونفى الشيخ الخلاف فيه في المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٩.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٨ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٢٦٧.

(٥) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٣.

(٦) فقه الرضا عليه السلام: باب ٥١ الوصيّة للميّت ص ٢٩٨، وأورد بعضه في مستدرك الوسائل: باب ٩ من كتاب الوصايا ح ٦ ج ١٤ ص ٩٦.

«يلزم . . .» إلى آخره كلاماً مستأنفاً .

كما أنّ قوله : «وإن أوصى بماله . . .» إلى آخره محمول على إرادة إلغاء وصيّته ، أو على إرادة حمل ذلك ـ لو وقع منه ـ على الوصيّة بما يخرج من أصل المال من دين أو نذر أو كفّارة . . . أو نحو ذلك ، حملاً لتصرّفه على الوجه الصحيح ؛ إذ الكتاب والسنّة قد توافقا على وجوب إنفاذ الوصيّة وعدم جواز تبديلها إلّا مع الجنف[1] ، وهو لا يثبت بالاحتمال .

وهذا وإن كنّا لم نقل به إلّا أنّه به يخرج عن الخلاف عمّا نحن فيه ؛ ضرورة رجوعه إلى حمل إطلاق الوصيّة بجميع المال على الوجه الصحيح ، وهو غير الوصيّة بالزائد على الثلث فيما لم يعلم عدم خروجه عن أصل المال من وجوه البرّ أو العطيّة أو نحو ذلك .

لكن فيه حينئذٍ : أنّه أيضاً مخالف للنصوص المتضمّنة لإبطال هذه الوصيّة وإرجاعها إلى الثلث[2] ، فأصالة الصحّة إنّما هي في التصرّف بماله ، لا بما يخرج عنه بالموت بل الأصل الفساد . وإطلاق ما دلّ على نفوذ الوصيّة وأنّها مقدّمة على الإرث محمول ـ بقرينة النصّ والفتوى ـ على الثلث فما دون ، فلا وجه للاستناد إليه في ذلك ولا في الأوّل على تقدير خلافه فيه .

وكيف كان ، فلا ريب في عدم صراحة كلامه في الخلاف فيما نحن

(١) في بعض النسخ بدلها: الحيف.

(٢) وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٢٧٥.

فيه ، خصوصاً بعد عدم نقل ولده عنه ذلك ، وتصريحه بعدم جواز الوصيّة بالزائد على الثلث من غير إشارة إلى خلاف والده . ج ٢٦ / ٥٩

بل عنه في المقنع أنّه «روي عن الصادق عليه السلام أنّه سئل : عن رجل أوصى بماله في سبيل الله (عزّ وجلّ)؟ فقال : اجعله إلى من أوصى له به وإن كان يهوديّاً أو نصرانيّاً ؛ فإنّ الله (عزّ وجلّ) يقول : (فمن بدّله بعد ما سمعه فإنّما إثمه على الذين يبدّلونه إنّ الله سميع عليم)[١]»[٢] . ثمّ قال عقيب ذلك : «ماله هو الثلث ؛ لأنّه لا مال للميّت أكثر من الثلث»[٣] .

مضافاً إلى اقتضاء القواعد ـ بعد الإغضاء عن أدلّة الإرث وكونها مطلقة ـ بطلان أصل الوصيّة ، فيقتصر على المتيقّن في الخارج عن ذلك وهو الثلث .

وخبر ابن عبدوس : «أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمّد عليه السلام ، فكتبت إليه : رجل أوصى إليَّ بجميع ما خلّف لك ، وخلّف ابنتي اُخت له ، فرأيك في ذلك؟ فكتب إليَّ : بع ما خلّف وابعث به إليَّ ، فبعت وبعثت به إليه ، فكتب إليَّ : قد وصل»[٤] .

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٢) المقنع: باب الوصايا ص ٤٨١، مستدرك الوسائل: باب ٣١ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٤ ص ١١٨.

(٣) وردت هذه الزيادة في نقل مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٤.

(٤) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ١٧ ج ٩ ص ١٩٥، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٤ أنّه لا تجوز الوصيّة... ح ١٨ ج ٤ ص ١٢٣، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ح ١٦ ج ١٩ ص ٢٨٠.

محتمل : لإجازة الوارث ، أو لكونه مخالفاً بحيث يحرم ، ولطلب الإمام ليأخذ ثلثه ويردّ الباقي أو يحفظه لهما لصغرهما ، أو لجواز ذلك بالنسبة إلى الإمام خاصّة ، وللتنجيز في حال الصحّة . . . أو غير ذلك ممّا لا بأس به بعد قصوره عن معارضة غيره من وجوه ، وخصوصاً ما تضمّن منه نحو هذه الواقعة ، كما لا يخفى على من لاحظ هذه النصوص .

وكذا خبر عمّار : «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح ، إن أوصى به كلّه فهو جائز»[١] ، الواجب حمله ـ بعد معارضته بالمتواتر من النصوص ـ على إرادة الثلث من ماله ، أو على إرادة الجواز الموقوف على إجازة الورثة ، أو على إرادة التنجيز من قوله : «أوصى» فيكون من أدلّة القائلين بكون المنجّزات من الأصل . . . أو على غير ذلك .

لكن عن الشيخ[٢] والصدوق[٣] : حمله على من لا وارث له . ومقتضاه نفوذ الوصيّة بجميع المال مع عدم الوارث غير الإمام ، وهو ↑ ج ٢٦ / ٦٠
مخالف أيضاً لإطلاق النصوص ومعاقد الإجماعات وغيرهما .

وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام : «أنّه سئل : عن الرجل يموت ولا وارث له ولا عصبة؟ فقال : يوصي بماله حيث شاء

---

(١) الكافي: الوصايا / باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله... ح ٢ ج ٧ ص ٧، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ٦ ج ٩ ص ١٨٧، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ٥ ج ١٩ ص ٢٩٨.

(٢) انظر ذيل مصدر «التهذيب» في الهامش السابق: ص ١٨٨.

(٣) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب أنّ الإنسان أحقّ... ذيل ح ٥٤٦٨ ج ٤ ص ٢٠٢.

في المسلمين والمساكين وابن السبيل»[١] ـ مع قصوره عن المقاومة، واحتماله الثلث من ماله ـ يمكن أن يكون ذلك إذناً منه عليه السلام؛ لأنّ الإرث إليه.

وأمّا خبر محمّد بن أحمد[٢] بن عيسى قال: «كتب إليه محمّد بن إسحاق المتطبّب: وبعد ـ أطال الله بقاك ـ نعلمك يا سيّدنا أنّا في شبهة من هذه الوصيّة التي أوصى بها محمّد بن يحيى بن رئاب[٣]، وذلك أنّ موالي سيّدنا وعبيده الصالحين ذكروا أنّه ليس للميّت أن يوصي إذا كان له ولد بأكثر من ثلث ماله، وقد أوصى محمّد بن يحيى بأكثر من النصف ممّا خلّف من تركته، فإن رأى سيّدنا ومولانا ـ أطال الله بقاه ـ أن يفتح غياهب هذه الظلمة التي شكونا ويفسّر ذلك لنا نعمل عليه إن شاء الله؟ فأجاب عليه السلام: إن كان أوصى بها من قبل أن يكون له ولد فجائز وصيّته؛ وذلك أنّ ولده وُلد من بعده»[٤]. فهو غير موافق لهما أيضاً، فلابدّ من طرحه أو تأويله.

---

(١) من لا يحضره الفقيه: (انظر الهامش السابق: ح ٥٤٦٩). تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ٧ ج ٩ ص ١٨٨. وسائل الشيعة: باب ١٢ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٢٨٢.

(٢) في المصدر بدل «محمّد بن أحمد»: أحمد بن محمّد.

(٣) في المصدر بدل «رئاب»: درياب.

(٤) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ٢١ ج ٩ ص ١٩٧. الاستبصار: الوصايا / باب ٧٤ أنّه لا تجوز الوصيّة... ح ٢٢ ج ٤ ص ١٢٥. وسائل الشيعة: باب ١٢ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٢٨٣.

لكن في الوسائل أنّه «قد عمل به الشيخ والصدوق بظاهره»[١].

ولا ريب في ضعفه.

نعم، لا تنفذ الوصيّة بالزائد ﴿ما لم تجز[٢] الورثة﴾ فإن أجازوا بعد الموت نفذت، بلا خلاف[٣] ولا إشكال نصّاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه[٤].

فلا جهة للإشكال فيه: بأنّه كالإجازة للفضولي ممّن تجدّد له الملك بعده، مع وضوح الفرق بينهما: بأنّ التصرّف هنا فيما بعد الموت الذي هو وقت الانتقال إلى المجيز، بخلافه في الفرض الذي يتوجّه فيه الإشكال في الإجازة على تقدير الكشف: بأنّه لا وجه له من حين العقد ـ لكون المفروض تجدّد الملك للمجيز، فلا يملك المعقود له قبل ملك المجيز ـ ولا من حين تجدّد الملك؛ للزوم إلغاء السبب فيما قبله.

وكيف كان، فلا إشكال فيما نحن فيه بعد ما عرفت.

إنّما البحث في الإجازة قبل الموت: والمشهور نقلاً[٥] إن لم يكن

---

(١) انظر ذيل مصدر «الوسائل» في الهامش السابق.

(٢) في نسخة الشرائع: ما لم يجز.

(٣) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٥٢.

(٤) نقل الإجماع في الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٣ ج ٢ ص ٣٠١.

وممّن صرّح بذلك: ابن زهرة في الغنية: في الوصيّة ص ٣٠٦، والمقداد في التنقيح: الوصيّة / في الموصى به ج ٢ ص ٤٠٠، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١٢٨ ج ٣ ص ٢٢٤، والبحراني في الحدائق: الحجر / في موجباته ج ٢٠ ص ٣٥٣.

(٥) كما في المهذّب البارع: كتاب الحجر ج ٢ ص ٥١٦.

ج ٢٦ / ٦١

تحصيلاً ـ خصوصاً بين المتأخّرين[١] ـ أنّها كالإجازة بعد الموت في عدم جواز الرجوع بها، بل نسب[٢] إلى عامّتهم، بل عن الطوسي: الإجماع عليه[٣].

للنصوص المستفيضة التي منها صحيحا ابني مسلم[٤] وحازم[٥]: «في رجل أوصى بوصيّة وورثته شهود، فأجازوا ذلك، فلمّا مات الرجل نقضوا الوصيّة، هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ قال: ليس لهم ذلك، والوصيّة جائزة...». وإطلاقهما كغيرهما ـ من معقد الإجماع وغيره ـ [يقتضي][٦] عدم الفرق بين الصحيح والمريض في ذلك.

خلافاً للمحكي عن المفيد[٧] والديلمي[٨] والحلّي[٩]: فجوّزوا

---

(١) مال إليه الماتن في النافع: الوصايا / في الموصى به ص ١٦٦. واختاره الشهيد في الدروس: الوصيّة / درس ١٧٣ ج ٢ ص ٣٠١. والمقداد في التنقيح: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٠٠. والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١٢٨ ج ٣ ص ٢٢٥.

(٢) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٥٣.

(٣) الخلاف: الوصايا / مسألة ١٤ ج ٤ ص ١٤٤ ـ ١٤٥.

(٤) الكافي: الوصايا / باب (بعد باب: ما للإنسان أن يوصي به) ح ١ ج ٧ ص ١٢. من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب فيمن أوصى بأكثر... ح ٥٤٦١ ج ٤ ص ٢٠٠. وسائل الشيعة: باب ١٣ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٢٨٣.

(٥) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ١٠ ج ٩ ص ١٩٣. الاستبصار: الوصايا / باب ٧٤ أنّه لا تجوز الوصيّة... ح ١٧ ج ٤ ص ١٢٣. وسائل الشيعة: باب ١٣ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٢٨٤.

(٦) إضافة يقتضيها السياق.

(٧) المقنعة: الوصيّة / الوصيّة بالثلث وأقلّ منه ص ٦٦٩ ـ ٦٧٠.

(٨) المراسم: أحكام الوصيّة ص ٢٠٣.

(٩) السرائر: الوصايا / الوصيّة وما يصح منها وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٤.

الرجوع بها ، بل ظاهر تعليلهم أنّه لا أثر لها أصلاً فضلاً عن جواز الرجوع بها ؛ لعدم حقّ للورثة حال الحياة حتّى يكون إسقاطه مجدياً ، فهو كإسقاط المرأة صداقها قبل التزويج والشفيع قبل البيع ، ولأنّه لو جازت إجازتهم لجاز ردّهم بحيث لا يلزمون لو أجازوا بعد الموت ، والتالي باطل فالمقدّم مثله .

وفيهما : ـ بعد التسليم ـ أنّه اجتهاد في مقابلة النصّ ، وقياس لا نقول به ، بل مع الفارق كما هو واضح .

ولو أجاز البعض نفذ في حصّته .

ويعتبر في المجيز : جواز التصرّف ، فلا عبرة بإجازة الصبي والمجنون .

أمّا المفلّس : فقد يتّجه نفوذ إجازته حال الحياة ؛ إذ لا ملك له حينئذٍ ، وإنّما إجازته تنفيذ لتصرّف الموصي .

وأمّا بعد الموت ففي صحّتها وجهان ، مبنيّان : على أنّ التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت وبالإجازة تنتقل عنه إلى الموصى له ، أم تكون الإجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت؟

فعلى الأوّل لا تنفذ ؛ لتعلّق حقّ الغرماء بالتركة قبل الإجازة .

وعلى الثاني احتمل[1] الأمران ، ولعلّ الأقوى منهما النفوذ ، خصوصاً على ما هو الظاهر من الفتاوى من كون ذلك تنفيذاً من الوارث لتصرّف الموصي .

(١) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٥٤.

لا أنّه يكون هو المتصرّف على معنى : أنّه هو الواهب والمعتق والواقف مثلاً ، وإن احتمله بعضهم[١] ، لكن لا ريب في ضعفه ، سيّما في حال الحياة ، بل والموت ؛ ضرورة اقتضاء الإجازة منه لفعل الموصي عدم الدخول في ملكه بالموت ، كما هو مقتضى الوصيّة التي هي سبب لذلك مع الإجازة .

وكذا الكلام في المنجّزات إذا زادت عن الثلث ، بناءً على أنّها كالوصيّة في الخروج منه .

وهذا حديث إجمالي ذكرناه تبعاً لذكر المصنّف حكم الوصيّة ↑ للمريض توطئةً لذكر منجّزاته ؛ إذ لا فرق بين المريض والصحيح في ج ٢٦ / ٦٢ حكم الوصيّة ، وإنّما الفرق بينهما في المنجّزات عند جماعة ، وهو الذي أشار إليه المصنّف بقوله :

﴿وفي منعه من التبرّعات المنجّزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا﴾ :

فخيرة الكليني[٢] والصدوق[٣] والشيخين[٤] والسيّدين[٥] والقاضي[٦]

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٥٥.
(٢) الكافي: الوصايا / باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله... ج ٧ ص ٧.
(٣) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب في أنّ الإنسان أحقّ بماله... ج ٤ ص ٢٠١.
(٤) المقنعة: الوصيّة / الوصيّة والهبة في المرض ص ٦٧١، النهاية: الوصايا / الإقرار في المرض ج ٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.
(٥) الانتصار: كتاب فيه مسائل شتّى / مسألة ٢٦٢ ص ٤٦٥، غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١.
(٦) المهذّب: الإقرار / منجّزات المريض ج ١ ص ٤٢٠.

وبني إدريس[١] والبرّاج[٢] وسعيد[٣] والآبي[٤] والأردبيلي[٥] والخراساني[٦] والحرّ العاملي[٧] والطباطبائي صاحب الرياض[٨] ـ على ما حكي عن بعضهم ـ : عدم المنع وأنّها من الأصل كالصحيح، بل عن كشف الرموز: نسبته إلى الأكثر[٩]، وفي الرياض: «أنّه المشهور بين القدماء ظاهراً، بل لعلّه لا شبهة فيه»[١٠]، بل في هبة الانتصار[١١] والغنية[١٢]: الإجماع عليه ؛ لـ:

الأصل بمعنييه.

وقاعدة التسلّط.

وحسن أبي شعيب المحاملي[١٣] ـ بإبراهيم ـ عن أبي عبدالله عليه السلام : «الإنسان أحقّ بماله ما دامت الروح في بدنه»[١٤].

---

(١) السرائر: كتاب العتق والتدبير. والوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٥ و ٢١٣.

(٢) كأنّه تكرار مع ما قبل السابق.

(٣) الجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٧.

(٤) كشف الرموز: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٩١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ٢١٤.

(٦) كفاية الأحكام: الوصيّة / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٧٢ ـ ٧٣.

(٧) وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ذيل ح ١٩، وباب ١٧ منها ذيل ح ١٦ ج ١٩ ص ٢٨٢ و ٣٠٢.

(٨) رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٨٨ ـ ٣٨٩.

(٩) كشف الرموز: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٩١ ـ ٩٢.

(١٠) المصدر قبل السابق: ص ٣٨٨.

(١١ و١٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(١٣) في الكافي: «عن أبي المحامل»، وفي الوسائل: «عن أبي المحامد».

(١٤) الكافي: الوصايا/باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله... ح٩ ج ٧ ص ٨، تهذيب الأحكام: ←

وموثّق الساباطي عنه[عليه السلام] أيضاً: «الميّت أحقّ بماله ما دام فيه الروح يبين به، فإن قال: بعدي[1]، فليس له إلّا الثلث»[2].

وموثّقه الآخر: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح، إذا أوصى به كلّه فهو جائز»[3].

وخبره الثالث عنه[عليه السلام] أيضاً: «صاحب المال أحقّ بماله ما دام فيه شيء من الروح، يضعه حيث شاء»[4].

وموثّقه الرابع عنه[عليه السلام] أيضاً قال له: «الميّت أحقّ بماله ما دام فيه الروح يبين به؟ قال: نعم، فإن أوصى به[5] فليس له إلّا الثلث»[6].

وموثّقه الخامس عنه[عليه السلام] أيضاً: «في الرجل يجعل[7] ماله لرجل

← الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ٤ ج ٩ ص ١٨٧، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ٨ (مع ذيله) ج ١٩ ص ٢٩٩.

(١) في الفقيه بدل «قال بعدي»: تعدّى.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب ما يجب من ردّ الوصيّة ح ٥٤٢٦ ج ٤ ص ١٨٦، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ٩ ج ٩ ص ١٨٨، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ح ١٢ ج ١٩ ص ٢٧٨.

(٣) تقدّم في ص ١١٨.

(٤) الكافي: الوصايا / باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله... ح ١ ج ٧ ص ٧، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ١ ج ٩ ص ١٨٦، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٢٩٧.

(٥) كذا في الوسائل. وفي الكافي بعدها زيادة: فإن تعدّى.

(٦) الكافي: الوصايا / باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله... ح ٧ ج ٧ ص ٨، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ٧ ج ١٩ ص ٢٩٩.

(٧) في المصدر بعدها إضافة: بعض.

في مرضه؟ فقال: إذا أبانه جاز»[١].

وخبر سماعة قال له[عليه السلام] أيضاً: «الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقريبه؟ قال: هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت»[٢].

ونحوه خبر أبي بصير، وزاد: «إنّ لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حيّاً؛ إن شاء وهبه، وإن شاء تصدّق به، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلّا الثلث، إلّا أنّ الفضل في أن لا يضيّع من يعوله ولا يضرّ بورثته»[٣]. (ج ٢٦ / ٦٣)

ومرسل مرازم عنه[عليه السلام] أيضاً: «في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه؟ قال: إن أبان به فهو جائز، وإن أوصى به فهو من الثلث»[٤].

ومرسل الكليني عن النبيّ صلى الله عليه وآله: أنّه عاب رجلاً من الأنصار أعتق مماليكه لم يكن له غيرهم، فقال: «ترك صبيةً صغاراً

---

(١) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ١٧ ج ٩ ص ١٩٠، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٤ أنّه لا تجوز الوصيّة... ح ١١ ج ٤ ص ١٢١، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ١٠ ج ١٩ ص ٣٠٠.

(٢) الكافي: الوصايا / باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله... ح ٥ ج ٧ ص ٨، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ٢ ج ٩ ص ١٨٦، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٢٩٦.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ١٠، و«التهذيب»: ح ٨ ص ١٨٨، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٢٩٧.

(٤) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب ما يجب من ردّ الوصيّة ح ٥٤٣٠ ج ٤ ص ١٨٧، وانظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٦، و«الوسائل»: ح ٦ ص ٢٩٨.

يتكفّفون الناس!»[١].

بل رواه الصدوق مسنداً إلى جعفر بن محمّد[٢] عليهما السلام، وفيه: «فأعتقهم عند موته»[٣].

والضعف فيها سنداً أو دلالةً منجبر بما عرفت، مضافاً:

إلى كونها مخالفة للمحكي عن جميع العامّة التي جعل الله الرشد في خلافها.

وإلى تأيّدها بالسيرة المستمرّة على عدم امتناع المريض أيّام مرضه عن تبرّعاته مع زيادتها عن الثلث، وعلى عدم ضبطها بطومار[٤] ونحوه، وعلى عدم المنع له ولا الضبط عليه.

لكن ﴿و﴾ مع ذلك كلّه فـ﴿ـالوجه المنع﴾ من التبرّع بالزائد، فلا ينفذ على الورثة إلّا مع إجازتهم، وفاقاً للفاضل[٥] والشهيدين[٦]

---

(١) الكافي: الوصايا / باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله... ذيل ح ١٠ ج ٧ ص ٩، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ٩ ج ١٩ ص ٢٩٩.

(٢) في المصدر بعدها إضافة: عن أبيه.

(٣) من لايحضره الفقيه: الوصيّة / باب ما يجب من ردّ الوصيّة ح ٥٤٢٧ ج ٤ ص ١٨٦، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش قبل السابق).

(٤) الطومار: الصحيفة. القاموس المحيط: ج ٢ ص ١١٢ (طمر).

(٥) قواعد الأحكام: الحجر / في المريض ج ٢ ص ١٤١، إرشاد الأذهان: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١ ص ٤٦٥، مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٤١٣، تبصرة المتعلّمين: الهبات / في الوصايا ص ١٢٩.

(٦) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٤ ج ٢ ص ٣٠٢. اللمعة الدمشقيّة: كتاب الحجر ص ١٤٢، مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٦ ـ ١٥٧، ومال إليه في الروضة البهيّة: كتاب الحجر ج ٤ ص ١٠٦.

والكركي[١] والمحكي عن الصدوق[٢] وأبي علي[٣] والشيخ في المبسوط[٤] وغيرهم[٥].

بل نسبه غير واحد إلى عامّة المتأخّرين[٦]، بل في المسالك: نسبته إلى الأكثر وسائر المتأخّرين[٧]، بل ربّما حكي عن الشيخ في باب العتق ما يقتضي أنّه المعروف بيننا[٨]، وفي المفاتيح: «أنّ الأخبار به أكثر وأشهر»[٩].

وفي جامع المقاصد: «قد دلّت عليه صحاح الأخبار»[١٠].

وفي موضع آخر منه: «أنّ النصوص به متواترة»[١١]. وهو

---

(١) جامع المقاصد: الحجر / في المريض ج ٥ ص ٢١٤. فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ١٧٨، حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٤٩٥.

(٢) ينظر المقنع: باب الوصايا ص ٤٨١، والهداية: باب الوصايا ص ٨١، ونقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٤١٣.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: (انظره في الهامش السابق).

(٤) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٣ ـ ٤٤.

(٥) كالمقداد في التنقيح: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٢٤ ـ ٤٢٥، وابن القطّان في معالم الدين: الحجر / في المرض ج ١ ص ٤٦١، والصيمري في غاية المرام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٤٥١.

(٦) غاية المراد: الديون / في الحجر ج ٢ ص ٢٠٠، مجمع الفائدةوالبرهان: الديون / في الحجر ج ٩ ص ٢١٤.

(٧) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣٠٥.

(٨) الخلاف: العتق / مسألة ٣ ج ٦ ص ٣٦٤ ـ ٣٦٥.

(٩) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٨ ج ٣ ص ٢٢٥.

(١٠) جامع المقاصد: الحجر / في المريض ج ٥ ص ٢١٤.

(١١) جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنوية للموصى به ج ١٠ ص ٢٠٦.

كالإجماع المنقول في الحجّيّة، خصوصاً بعد شهادة التتبّع له؛ إذ في:

خبر أبي حمزة عن أحدهما عليهما السلام[1]: «إنّ الله (تبارك وتعالى) يقول: يابن آدم، تطوّلت عليك بثلاث: سترت عليك ما لو يعلم به أهلك ما واروك، وأوسعت عليك فاستقرضت منك لك فلم تقدّم خيراً، وجعلت لك نظرةً عند موتك في ثلثك فلم تقدّم خيراً»[2].

وصحيح يعقوب بن شعيب[3]: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن الرجل ↑ ج ٢٦ / ٦٤
يموت ما له من ماله؟ فقال: له ثلث ماله»[4].

ونحوه خبر أبي بصير[5].

وخبر عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام: «للرجل عند موته ثلث ماله، وإن لم يوص فليس على الورثة إمضاؤه»[6].

وصحيح عليّ بن يقطين: «سألت أبا الحسن عليه السلام: ما للرجل من

---

(١) كذا في التهذيب، وفي الفقيه: «عن بعض الأئمّة عليهم السلام»، وفي الخصال: «عن أبي جعفر عليه السلام».

(٢) من لايحضره الفقيه: الوصيّة / باب حجّة الله على تارك الوصيّة ح ٥٤١٠ ج ٤ ص ١٨١، الخصال: باب الثلاثة ح ١٥٠ ص ١٣٦، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٦ الوصيّة ووجوبها ح ١٢ ج ٩ ص ١٧٥، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٢٦٣.

(٣) كذا في الوسائل. وفي باقي المصادر: شعيب بن يعقوب.

(٤) الكافي: الوصايا / باب ما للإنسان أن يوصي ح ٣ ج ٧ ص ١١. تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ٢ ج ٩ ص ١٩١، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش اللاحق).

(٥) من لايحضره الفقيه: الوصيّة / باب مقدار ما يستحبّ الوصيّة به ح ٥٤٢٢ ج ٤ ص ١٨٥، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٢٧٢.

(٦) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٣٢ ج ٩ ص ٢٤٢، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوصايا ح ٧ ج ١٩ ص ٢٧٣.

ماله عند موته؟ قال: الثلث، والثلث كثير»[١].

وذيل خبر العلاء عن الصادق عليه السلام ـ الذي تسمعه في مسألة الإقرار ـ الوارد في الامرأة التي أودعت عند رجل مالاً، قال فيه: «... فإنّما لها من مالها ثلثه»[٢]. بل في غيره نحو ذلك أيضاً[٣].

وخبر عليّ بن عقبة عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه إلّا ثلثه، وسائر ذلك الورثة أحقّ بذلك ولهم ما بقي»[٤].

ونحوه خبر عقبة بن خالد[٥].

وخبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام: «إن أعتق رجل عند موته خادماً له ثمّ أوصى بوصيّة أُخرى، أُلغيت الوصيّة وأُعتقت الجارية من ثلثه، إلّا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصيّة»[٦].

---

(١) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣٣، و«الوسائل»: ح ٨ ص ٢٧٤.

(٢) يأتي في ص ١٥٥.

(٣) وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوصايا ح ٩ ج ١٩ ص ٢٧٤.

(٤) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ١٣ ج ٩ ص ١٩٤، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٤ أنّه لا تجوز الوصيّة... ح ٥ ج ٤ ص ١٢٠، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٢٧٦.

(٥) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ١٢ ج ٩ ص ٢١٩، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ١٣ ج ١٩ ص ٣٠١.

(٦) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ١٨ ج ٩ ص ١٩٧، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ح ٦ ج ١٩ ص ٢٧٦.

وخبر أبي ولّاد: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين، فتبرئه منه في مرضها؟ قال: بل تهبه له فتجوز هبتها له، ويحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً»[١].

ونحوه خبر سماعة[٢].

وخبر جرّاح المدائني: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن عطيّة الوالد ج ٢٦ / ٦٥
لولده ببيّنة[٣]؟ قال: إذا أعطاه في صحّته جاز»[٤].

وخبر سماعة: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن عطيّة الوالد لولده؟ فقال: أمّا إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء، فأمّا في مرضه فلا يصلح»[٥].

وصحيح الحلبي: «سئل أبو عبدالله عليه السلام: عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه، فتبرئه منه في مرضها؟ فقال: لا»[٦].

---

(١) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٥ ص ١٩٥. والاستبصار: الوصايا / باب ٧٤ أنّه لاتجوز الوصيّة... ح ٧ ج ٤ ص ١٢٠. و«الوسائل» في الهامش السابق: ح ١١ ص ٢٧٨.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٢ الوصيّة للوارث ح ١٣ ج ٩ ص ٢٠١. وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ١٦ ج ١٩ ص ٣٠١.

(٣) كذا في التهذيب، وأُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الاستبصار والوسائل ـ بدلها: يبينه.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١١. والاستبصار: الوصايا / باب ٧٦ عطيّة الوالد لولده ح ١ ج ٤ ص ١٢٧. ووسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ١٤).

(٥) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح١٩ ج٩ ص١٥٦. الاستبصار: الوصايا / باب ٧٦ عطيّة الوالد لولده ح ٢ ج ٤ ص ١٢٧. وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ١١ ج ١٩ ص ٣٠٠.

(٦) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٢ الوصيّة للوارث ح ١٢ ج ٩ ص ٢٠١ (المعنى ←

وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه‌السلام : «إنّ رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره؟ قال: سمعت رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله يقول: يستسعى في ثلثي قيمته للورثة»[1].

بل وخبره الآخر عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه‌السلام أيضاً: «إنّه كان يردّ النحلة في الوصيّة، وما أقرّ به عند موته بلا ثبت ولا بيّنة ردّه»[2].

بناءً على أنّ المراد منه ردّ العطيّة إلى الوصيّة في الخروج من الثلث، بل لعلّه الظاهر منه.

والمرسل في جامع المقاصد[3] وغيره[4]: «المريض محجور عليه إلّا في ثلثه».

والخبر العامّي المروي في المسالك عن صحاح الجمهور[5] ـ بل قال: «إنّه أجود ما في الباب متناً وسنداً، ومن ادّعى خلاف ذلك فالسبر

← متقارب)، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ١٥ ج ١٩ ص ٣٠١.

(١) تهذيب الأحكام: العتق / باب ١ العتق وأحكامه ح ٦١ ج ٨ ص ٢٢٩، الاستبصار: العتق / باب ٤ من أعتق بعض مملوكه ح ٥ ج ٤ ص ٧، وسائل الشيعة: باب ٦٤ من كتاب العتق ح ٥ ج ٢٣ ص ١٠١.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٥ الإقرار في المرض ح ٩ ج ٩ ص ١٦١، الاستبصار: الوصايا / باب ٦٨ الإقرار في حال المرض ح ٨ ج ٤ ص ١١٢، وسائل الشيعة: باب ١٦ من كتاب الوصايا ح ١٢ ج ١٩ ص ٢٩٥.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ٩٧.

(٤) كإيضاح الفوائد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٩٥.

(٥) سنن أبي داود: ح ٣٩٥٨ ج ٤ ص ٢٨، سنن النسائي: ج ٣ ص ١٨٧، سنن ابن ماجة: ح ٢٣٤٥ ج ٢ ص ٧٨٥، صحيح ابن حبّان: ج ١٠ ص ٤٠٧، صحيح مسلم: الأيمان / ح ٥٦ ج ٣ ص ١٠٤٣، سنن سعيد بن منصور: ح ٤٠٨ ج ١ ص ١٢٢، مسند أحمد: ج ٤ ص ٤٢٦، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٢٦٦.

يردّ دعواه، وعليها اقتصر ابن الجنيد في كتابه الأحمدي»[١] ـ وهو: «إنّ رجلاً من الأنصار أعتق ستّة أعبد له في مرضه ولا مال له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وجزّأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرقّ أربعة»[٢].

وخبر إسماعيل بن همام عن أبي الحسن عليه السلام: «في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته وأعتق مملوكاً، وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث، كيف يصنع به في وصيّته؟ قال: يبدأ بالعتق فينفذه»[٣]. ضرورة ظهور قوله: «يبدأ» في إرادة الإنفاذ من الثلث، ومنه يعلم إرادة ما يشمل المنجّز من الوصيّة؛ وإلّا فلا وجه لتقديم العتق لو فرض كونه وصيّة، بل ينبغي تقديم المقدّم منهما. ↑ ج ٢٦ / ٦٦

بل منه يظهر حينئذٍ: أنّ إطلاق «أُخرى» في خبر أبي بصير ـ المتقدّم سابقاً[٤] ـ باعتبار سبق التنجيز الذي يطلق عليه الوصيّة؛ بشهادة الخبر المزبور ـ الموافق له في المضمون ـ وصحيح ابن الحجّاج الآتي، لا أنّ المراد مِن «أعتق» فيه «أوصى» فلا يكون دالاًّ على المطلوب.

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣٠٩.

(٢) المصدر السابق: ص ٣٠٧.

(٣) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ٣ ج ٧ ص ١٧، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ١١ ج ٩ ص ٢١٩، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤٠٠.

(٤) في ص ١٣٠.

كما أنّ منه يظهر الاستدلال بصحيح محمّد بن مسلم: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن رجل حضره الموت، فأعتق غلامه وأوصى بوصيّة وكان أكثر من الثلث؟ قال: يمضي عتق الغلام، ويكون النقصان فيما بقي»[١].

إذ الظاهر إرادة كون مجموع التنجيز والوصيّة أكثر من الثلث، فأجابه عليه السلام بمضيّ العتق وأنّ النقصان الذي في الثلث يكون في الوصيّة، كما هو واضح.

بل منه يعلم الاستدلال بحسنه عنه[عليه السلام][٢] أيضاً: «في رجل أوصى بأكثر من ثلثه وأعتق مملوكه في مرضه؟ فقال: إن كان أكثر من الثلث يردّ إلى الثلث وجاز العتق»[٣].

إذ الظاهر إرادة جوازه منه لا من الأصل؛ إذ حمل «الواو» فيه على الاستئناف خلاف الأصل فيها، فيكون المجموع حينئذٍ هو جواب الشرط كما هو الظاهر، خصوصاً بعد ملاحظة أنّ كلامهم عليهم السلام جميعاً بمنزلة كلام واحد يفسّر بعضه بعضاً، وخصوصاً مع تقارب السؤال

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ٤ ج ٧ ص ١٧، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ١٢ ج ٩ ص ١٩٤، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٩٩.

(٢) سوق العبارة يعطي أنّ الخبر عن الصادق عليه السلام، وفي المصدر: عن أبي جعفر عليه السلام.

(٣) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ١ ج ٧ ص ١٦، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٩ ج ٩ ص ٢١٩، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٤٠٠.

والجواب في هذه النصوص واتّحاد الراوي في الخبرين.

فمن الغريب استدلال بعضهم[١] بهما على الأوّل؛ حتّى ادّعى صراحة الثاني منهما وأنّه غير قابل للتأويل، مع أنّه لو أغضينا النظر عمّا ذكرنا لم يكن فيه دلالة على الجواز من الأصل، كما هو واضح.

وموثّق الحسن بن الجهم: «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل ↑ ج ٢٦ / ٦٧
أعتق مملوكاً وقد حضره الموت وأشهد له بذلك وقيمته ستّمائة، وعليه دين ثلاثمائة درهم، ولم يترك شيئاً غيره؟ قال: يعتق منه سدسه؛ لأنّه إنّما له منه ثلاثمائة درهم ويقضي عنه ثلاثمائة درهم، وله من الثلاثمائة درهم ثلثها، وله السدس من الجميع»[٢].

الذي يشهد بصحّته صحيح عبدالرحمن بن الحجّاج، بل هو فيه دلالة على المطلوب أيضاً وغيره، فلا بأس بنقله على طوله، قال:

«سألني أبو عبدالله عليه السلام: هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة؟ فقلت: بلغني أنّه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه ديناً كثيراً، وترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم، فأعتقهم عند الموت، فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك؟».

«فقال ابن شبرمة: أرى أن تستسعيهم في قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء؛ فإنّه قد أعتقهم عند موته».

---

(١) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الحجر / في المريض ج ١٦ ص ١٩٩.

(٢) الكافي: الوصايا / باب من أعتق وعليه دين ح ٣ ج ٧ ص ٢٧، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٣٥٤.

«وقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء ؛ فإنّه ليس له أن يعتقهم عند موته وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير ، فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير» .

«فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء وقال : سبحان الله يابن أبي ليلى ، متى قلت بهذا القول؟! والله ما قلته إلّا طلب خلافي» .

«فقال أبو عبد الله عليه‌السلام : فعن رأي أيّهما صدر؟ قال: قلت : بلغني أنّه أخذ برأي ابن أبي ليلى ـ وكان له في ذلك هوىً ـ فباعهم وقضى دينه» .

«فقال : فمع أيّهما من قبلكم؟ قلت له : مع ابن شبرمة ، وقد رجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك» .

«فقال : أما والله إنّ الحقّ لفي الذي قال ابن أبي ليلى وإن كان قد رجع عنه» .

«فقلت له : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايسني ، قلت : أنا أُقايسك؟! فقال : لتقولنّ بأشدّ ما تدخل فيه من القياس» .

«فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالاً غيره ، وقيمة العبد ستّمائة درهم ، ودينه خمسمائة درهم ، فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال : يباع العبد ، فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائة درهم» .

«فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه؟ فقال : بلى ، قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء؟ قال : بلى ، قلت : أليس

قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ قال : إنّ العبد لا وصيّة له ، إنّما ماله لمواليه» .

«فقلت له : فإن كان قيمة العبد ستّمائة درهم ودينه أربعمائة درهم؟ فقال : كذلك يباع العبد ، فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائتين ، ولا يكون للعبد شيء» . ج ٢٦ / ٦٨

«قلت : فإنّ قيمة العبد ستّمائة درهم ، ودينه ثلاثمائة درهم؟ فضحك عليه‌السلام فقال : من هاهنا أُتي أصحابك ، جعلوا الأشياء شيئاً واحداً ولم يعلموا السنّة ، إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة ، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء ، لم يتّهم الرجل على وصيّته وأُجيزت وصيّته على وجهها ، فالآن يوقف هذا ، فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ، ويكون له السدس»[١] .

إذ ذيله صريح في نفوذ العتق المنجّز من[٢] الثلث لا الأصل ؛ وإلّا كان نصفه حرّاً . واحتمال أنّه في الوصيّة لا المنجّز مقطوع بفساده أو كالمقطوع كما اعترف به في الرياض[٣] ، خصوصاً بعد ملاحظة كلام الأصحاب في حكم مضمونه ، فإنّه صريح في إرادة التنجيز منه أو الأعمّ منه ومن الوصيّة ، بل جزم الشهيد الثاني بالأوّل[٤] ، وإن خالفه فيه في

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من أعتق وعليه دين ح ١ ج ٧ ص ٢٦، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٤ ج ٩ ص ٢١٧، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من كتاب الوصايا ح ٥ ج ١٩ ص ٣٥٤.

(٢) تحتمل المعتمدة: في.

(٣) رياض المسائل: الوصايا / الموصى له ج ١٠ ص ٢٩٦ و ٢٩٧.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٢٢٨.

الرياض[١] ومال منه إلى تعدية الحكم المزبور إلى الوصيّة، وفاقاً للمحكي عن الشيخ[٢]، وهو لا يخلو من وجه. وأولى منه التعدية إلى غير العتق من المنجّزات كالهبة والوقف ونحوهما.

وعلى كلّ حال، فهو ظاهر الدلالة على المطلوب، بل صدر المقايسة فيه واضح الدلالة على معلوميّة أن ليس له في التنجيز إلّا الثلث، كوضوح إرادته عليه‌السلام من قوله أخيراً: «وصيّته» التنجيز، بشهادة المحكي من عمل كثير من الأصحاب به فيه حتّى بعض القائلين بأنّ المنجّزات من الأصل، كالمفيد والقاضي والشيخ.

وما في المسالك من أنّ «أكثر المتأخّرين ردّوه؛ لمخالفته القواعد المقرّرة»[٣] حسن لو قصرت الرواية عن الصحّة أو لم يجز تخصيص العمومات القطعيّة بالآحاد، لكنّه خلاف التحقيق، خصوصاً بعد تعدّد الصحاح وصراحتها.

وترجيح الأُصول بالشهرة فرع ثبوتها، ففي الرياض: «لم أتحقّقها، ولا وقفت على متصدٍّ لنقلها عداه، وإنّما حكى الخلاف عن العلّامة خاصّة، ولم أقف على من تبعه غيره وبعض ممّن سبقه»[٤].

نعم، ردّه ابن إدريس وأنفذ العتق من الأصل وأسقط الدين

---

(١) المصدر قبل السابق.

(٢) النهاية: الوصايا / الوصيّة وما يصح منها وما لا يصح ج ٣ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٣) تقدّم المصدر آنفاً.

(٤) رياض المسائل: الوصايا / الموصى له ج ١٠ ص ٢٩٥ ـ ٢٩٦.

من رأس[١].

ولا ريب في ضعفه، بل هو اجتهاد في مقابلة النصّ، وأصحابه الموافقون له في كون المنجّزات من الأصل لا يوافقونه فيما إذا زاحم التنجيز الدين، بل يخصّونه بالنسبة إلى الورثة، وإلّا كانوا محجوجين بهذا الصحيح وغيره، بل لعلّ مقابلته بالقول بالخروج من الثلث ـ المعلوم كون المراد منه بعد خروج الدين ـ تشهد بعدم المزاحمة المزبورة. ج ٢٦ / ٦٩

وعلى كلّ حال، فلا ريب في دلالة الصحيح المزبور على المطلوب، بل منه ينقدح الاستدلال بصحيح جميل[٢] أيضاً المروي في الكافي[٣] عن أبي عبد الله عليه السلام[٤]: «في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين؟ فقال: إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه، وإلّا لم يجز»[٥].

ويحتمل تثنية «مثل» الثانية كما عن نسخة من الفقيه[٦]، وحينئذٍ يكون «الواو» فيه بمعنى «أو» فيوافق الصحيح المزبور.

وعن الكليني أنّه رواه عن جميل عن زرارة، فيمكن أن يكون

---

(١) السرائر: الوصايا / الوصيّة وما يصح منها وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٩.

(٢) في الكافي بعدها إضافة «عن زرارة» كما سيأتي التنبيه عليه.

(٣) الكافي: الوصايا / باب من أعتق وعليه دين ح ٢ ج ٧ ص ٢٧.

(٤) في الكافي بدلها: عن أحدهما عليهما السلام.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٣٩ من كتاب الوصايا ح ٦ ج ١٩ ص ٣٥٦.

(٦) أُشير إليها في هامش نسخة الفقيه، انظر من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب العتق وأحكامه ح ٣٤٥٢ ج ٣ ص ١١٨.

خبراً آخر.

وعلى كلّ حال، فهو دالّ على المطلوب بعد إرادة الجواز فيه على النحو المذكور في خبري ابني الجهم والحجّاج، كما هو واضح.

وفي دعائم الإسلام: «وقد جاء عن جعفر بن محمّد عليهما السلام أنّه قال في العطيّة للوارث والهبة في المرض الذي يموت فيه المعطي والواهب: إنّها غير جائزة»(١).

وفي محكيّ الهداية: «وسئل ـ أي الصادق عليه السلام ـ عن رجل حضره الموت، فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك؟ قال: ما يعتق منه إلّا ثلثه»(٢).

وقد ظهر لك من ذلك كلّه: أنّه لا غرابة في دعوى تواتر النصوص به، خصوصاً إذا أُريد منها القطع به منها ـ لا التواتر المصطلح ـ فإنّه غير عزيز، بل لعلّ الغرابة من عدمه، كما لا يخفى على من:

لاحظها وغيرها ممّا دلّ على عدم الإضرار بالوارث الذي هو الحكمة أو العلّة في حجر الوصيّة عليه بالزائد. ↑ ج٢٦ ٧٠

ولاحظ نصوص الإقرار الآتية التي بعضها يظهر منه معلوميّة انحصار الأمر على المريض لو أراد حرمان الوارث، وأنّه لا طريق له

---

(١) دعائم الإسلام: الوصايا / ما يجوز من الوصايا ح ١٣٠٧ ج ٢ ص ٣٥٩، مستدرك الوسائل: باب ١٦ من كتاب الوصايا ذيل ح ١ ج ١٤ ص ١٠٤.

(٢) الهداية: باب الوصايا ص ٣٢١، مستدرك الوسائل: باب ١٠ من كتاب الوصايا ح ٧ ج ١٤ ص ٩٩.

إلّا الإقرار الذي ستعرف علاج الشارع له بالتهمة وعدمها .

وغيرها من النصوص التي في بعضها ما يظهر منها مرجوحيّة ذلك في حال الصحّة[1]، بل في سؤال هذا البعض دلالة واضحة على معلوميّة الفرق بين حالَي الصحّة والمرض بالنسبة إلى النفوذ من الأصل وعدمه .

وغير ذلك ، خصوصاً اختلال حكمة حصر الوصيّة في الثلث ؛ ضرورة التجاء كلّ من يريد حرمان الورثة حينئذٍ أو بعضهم ـ عند حضور موته ـ إلى التنجيز .

وأغرب شيء : حمل[2] هذه النصوص الكثيرة على التقيّة ، التي ـ مع عدم قابليّة البعض لها ـ يمكن القطع بعدمها في مثل هذه النصوص التي من رواتها البطانة .

بل لا يخفى على من مارس أخبارهم عليهم السلام أنّ عادتهم الإشارة في نصوص التقيّة إليها بذكر لفظ «الناس» ونحوه .

بل قد يقطع بعدمه في خصوص المقام ؛ إذ لو كان الحكم مخالفاً للعامّة عندنا لكان في جملة من النصوص إشارة إلى الإنكار عليهم وإلى بيان بطلان ما هم عليه ومخالفتهم الكتاب أو السنّة كما هي عادتهم ، بل لكان ذلك معروفاً بين أصحابهم نحو غيرها من المسائل العظيمة العامّة . . . إلى غير ذلك ممّا يعلم به عدم خروج النصوص

---

(١) وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٢٩٧.

(٢) كما في رياض المسائل: الوصايا / الموصى به ج ١٠ ص ٣٨٩.

مخرج التقيّة.

وأغرب من ذلك: ما في المسالك؛ فإنّه ـ بعد ما أورد[١] منها صحيحي ابن[٢] يقطين وشعيب وأخبار ابن عقبة وأبي ولّاد والحسن بن الجهم والخبر العامّي[٣] دليلاً للثلث ـ ناقش فيها: بأنّه لا دلالة في الصحيحين ـ اللذين هما العمدة ـ على المطلوب الذي هو قبل الموت، بل صحيح يعقوب منهما صريح فيما بعد الموت، كما أنّ الخبر الثاني ـ باعتبار كون «عند» من ظروف المكان المقتضية للمصاحبة ـ دلالته على الوصيّة أقوى، بل يمكن ذلك في خبر ابن عقبة؛ إذ حضور الموت مانع من مباشرة العتق، فيراد منه حينئذٍ الوصيّة، وتكون النسبة إليه باعتبار أنّه السبب الأقوى في الوصيّة، على أنّه في العتق خاصّة. وكذا ج ٢٦ / ٧١ الكلام في خبر ابن الجهم، أمّا خبر أبي ولّاد فاشتماله على ما يخالف المجمع عليه ـ من صحّة الإبراء دون الهبة ـ يمنع من الاستدلال به، مضافاً إلى اشتراك الجميع في ضعف السند عدا الصحيحين[٤].

إذ هي كما ترى؛ ضرورة كون المراد من الصحيحين ـ بقرينة غيرهما ممّا ذكرنا وما لم نذكره ـ الإشراف على الموت، ودعوى صراحة صحيح يعقوب فيما بعد الموت واضحة الفساد؛ إذ ليس للميّت بعد الموت شيء إذا لم يوص به، بل لا ريب في كون المراد منه ـ خصوصاً

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣٠٦.

(٢) في بعض النسخ بدلها: «ابني».

(٣) الهامش قبل السابق: ص ٣٠٧.

(٤) انظر «المسالك» المتقدّم آنفاً: ص ٣٠٨ ـ ٣٠٩.

بعد كونه كمذاق غيره ممّا لا يقبل ذلك ـ مجاز المشارفة الذي كشف عنه باقي النصوص بلفظ «عند» و «حضر» و «أتاه الموت» ونحوها، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

ومنه يعلم: فساد المناقشة في خبري ابن الجهم وعليّ بن عقبة.

وأمّا خبر أبي ولّاد ـ المعتضد بغيره ممّا عرفت ـ فلا يقدح في الاستدلال به على المطلوب اشتماله على غيره ممّا لا نقول به، خصوصاً بعد منع بطلان هبة ما في الذمّة التي مرجعها إلى الإبراء، بل قد يقال بكون المراد منه الترقّي إلى جواز الهبة؛ على معنى: أنّه لو وهبته شيئاً جاز ويحسب من الثلث، فضلاً عن الإبراء الذي هو أولى بالجواز.

وبالجملة: من أحاط خبراً بما ذكرناه من النصوص، وتدبّرها وتدبّر اعتضاد بعضها ببعض، يقطع بفساد هذه المناقشة، كما أنّه يقطع بفسادها من حيث السند؛ إذ لا تبيّن أعظم من هذا الاعتضاد وعمل من عرفت بها، على أنّ فيها الصحيح والموثّق والحسن، بل قد عرفت استغناءها عن النظر في أسانيدها ببلوغها درجة القطع، كما لا يخفى على من أعطاه الله قوّة حدس في كلماتهم عليهم السلام.

وأظرف شيء قوله: «إنّ أجود ما في هذا الباب الخبر العامّي سنداً ودلالةً، ومن ادّعى خلاف ذلك فالسبر يردّه»(١)؛ إذ قد عرفت ممّا ذكرنا أنّ غيره من النصوص أوضح كما هو ظاهر.

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣٠٩.

كلّ ذلك ، مضافاً إلى ما في نصوص الأصل من قلّة العدد وقصور السند واتّحاد الراوي في كثير منها وكونها مطلقة قابلة للتقييد بغيرها ؛ إذ ليس في حسن المحاملي وما كان نحوه صراحة في شمول الأحقّيّة للتنجيز فيمكن حملها على غيره ، بل محتمل لإرادة الثلث ، خصوصاً إذا قرئ بفتح اللام[١] ولوحظ ما دلّ من النصوص على أنّ الذي له عند الموت الثلث . ج ٢٦ / ٧٢

بل قد يعيّن ذلك قوله في موثّق عمّار : «إذا أوصى به كلّه فهو جائز»[٢] ؛ إذ لم يقل أحد بنفوذ الوصيّة من الأصل عدا ما سمعته من عليّ بن بابويه .

واحتمال إرادة خصوص التنجيز منها ـ لا الوصيّة شرعاً ، ولا الأعمّ منها ومن التنجيز ـ لا شاهد له ، وليس بأولى من الاحتمال الذي ذكرنا ، بل منه يعلم المراد من باقي نصوص عمّار المتقاربة في المذاق مع اتّحاد الراوي فيها .

والموجود في نسخة الأصل في الوسائل[٣] والوافي[٤] عن الكافي : «فإن تعدّى فليس له إلّا الثلث» ومعناه : أنّه إن تجاوز وتعدّى في

---

(١) أي قوله عليه السلام : «أحقّ بما لَهُ».

(٢) تقدّم في ص ١١٨.

(٣) نقل هذه الزيادة عن الفقيه، انظر وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ذيل ح ١٢ ج ١٩ ص ٢٧٨، نعم أشرنا في ص ١٢٥ إلى أنّ هذه الزيادة موجودة في الكافي في الخبر الرابع لعمّار إلّا أنّه لم ينقلها في الوسائل.

(٤) الوافي: الوصيّة / باب ١٠ ح ٩ (مع ذيله) ج ٢٤ ص ٦٧ ـ ٧٠.

الوصيّة بالزائد أو التنجيز فلا يمضي منه إلّا الثلث.

وظنّي ـ والله أعلم ـ أنّ الرواية كذلك، إلّا أنّه لمّا صعب فهم ذلك على بعض الناس صحّفها بلفظ «بعد» بالباء الموحّدة، ثمّ أضاف إليها لفظ «قال».

على أنّ اختلاف النسخ يسقط الخبر عن الحجّيّة؛ إذ لم يعلم الخبر منهما، ورواية الشيخ له: «فإن أوصى»[1] عن الكافي ـ بعد ذلك الاختلاف في النسخ ـ غير مجدٍ.

ومع الإغضاء عن ذلك كلّه فهو مطلق يقيّد بالنصوص السابقة، كغيره من نصوص عمّار[2]؛ حتّى الرابع منها، فإنّ الإبانة أعمّ من التبرّع، بل والخامس الذي لم يعلم المرض فيه أنّه ممّا يخرج به التنجيز من الثلث أو الأصل؛ لما ستعرف من أنّه ليس كلّ مرض يقضي بالتنجيز من الثلث مع إجمال لفظ «الإبانة» فيه وفي غيره، وإن قيل: إنّ المراد منها انفصاله عنه وتسليمه له[3]. إلّا أنّه كما ترى، خصوصاً بعد معلوميّة عدم اشتراط ذلك، فإنّ الهبة مشاعاً مع الإقباض لا بأس بها أيضاً، بل يمكن كون المراد من الإبانة الإظهار على وجهٍ يحصل العلم بعدم ردّ الورثة بإجازتهم ورضاهم، فتأمّل.

---

(١) الموجود في التهذيب أيضاً: «فإن تعدّى»، نعم في رواية أُخرى لعمّار: «إن أوصى» إلّا أنّها في الكافي أيضاً كذلك، وقد مرّت المصادر في ص ١٢٥.

(٢) تقدّمت في ص ١٢٥.

(٣) الوافي: الوصيّة / باب ١٠ ذيل ح ٨ ج ٢٤ ص ٦٧.

وأمّا خبر سماعة[١] فيمكن أن يكون المراد من إتيان الموت فيه ما تضمّنه نصوص الثلث من «حضور الموت» و «إتيانه» و «عند موته» (ج ٢٦ / ٧٣) ونحوها[٢]، فلا يكون حينئذٍ منافياً.

على أنّه عامّ يخصّ بالنصوص السابقة، وكذا خبر أبي بصير[٣]. وقوله فيه: «فإن أوصى...» إلى آخره غير منافٍ؛ لإمكان إرادة بيان أنّ الوصيّة على كلّ حال تخرج من الثلث، بخلاف غيرها، فإنّه يخرج من الأصل قبل إتيان الموت.

ومرسل مرازم[٤] محتمل لبعض ما ذكرنا، مع أنّ كشف الحال فيه وفي غيره أن نقول: إنّ المستفاد من نصوص الثلث ـ بعد ملاحظة الجمع بين مطلقها ومقيّدها، خصوصاً مفهوم خبر أبي بصير القاضي بعدم خروج العتق من الثلث إذا لم يكن عند الموت، وملاحظة أصالة خروج التصرّف من الأصل ـ عدم العبرة بمطلق المرض الذي منه ما يستمرّ السنون المتعدّدة، المقطوع بالسيرة القطعيّة عدم خروج منجّزاته فيه من الثلث قبل بلوغه ما يتحقّق به صدق حضور الموت وإتيانه ونحوهما، وكذا المرض الذي هو كعدم المرض عرفاً وإن اتّفق مقارنة الموت له بحيث لا يظهر كونه به.

---

(١) تقدّم في ص ١٢٦.

(٢) تقدّم العديد من هذه الألسنة في ص ١٢٩. وانظر وسائل الشيعة: باب ١٠ و ١١ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٢٧١...

(٣ و ٤) تقدّم في ص ١٢٦.

وإنّما المدار: على المرض الذي يصدق عليه عرفاً أنّه حضره الموت وأتاه ونحو ذلك وإن بقي أيّاماً، بل وأكثر من ذلك، فإنّه ليس له حدّ جامع لأفراده، إلّا أنّ العرف وافٍ بتنقيح كثير من مصاديقه، كغيره من الأُمور التي ترجع إليه. ومع الشكّ فالأصل الخروج من الأصل، كما أنّه هو الأصل في غير المرض وإن خيف به الموت أو ظنّ أو علم، كالغرق والمراماة ونحوها[١]، بل قيل: والطلق[٢].

وكيف كان، فما في القواعد[٣] وغيرها[٤] من أنّه «مطلق المرض الذي يتّفق الموت معه، سواء كان مخوفاً أو لا» لا تساعد عليه الأدلّة، خصوصاً ما يظهر من إطلاقه من اتّفاق الموت معه ولو بغيره كقتل ونحوه، اللّهمّ إلّا أن يقطع بعدم إرادته ما يشمل ذلك.

بل وكذا ما يحكى عن الشيخ: من أنّ المدار فيه على المرض المخوف[٥]، واختاره في جامع المقاصد[٦]، حتّى أنّهم احتاجوا إلى معرفة كونه مخوفاً، وذكروا فيه أنّه لابدّ من شهادة عدلين من الأطبّاء

---

(١) الأولى: ونحوهما.

(٢) إرشاد الأذهان: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١ ص ٤٦٥ ـ ٤٦٦، مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٥.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٢٩.

(٤) كالمتن في باب الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٢٦١، وإيضاح الفوائد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٩٤ ـ ٥٩٥، وغاية المرام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٤٥٢.

(٥) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٤ ـ ٤٥.

(٦) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ٩٧.

الذين هم أهل الخبرة في ذلك.

بل في جامع المقاصد أنّه «لو حصل الظنّ القوي بصدق قول من لم يكن عدلاً منهم، أو كان واحداً، ففي الحكم إشكال». ثمّ حكى عن التذكرة الجزم بعدم قبول رجل وامرأتين أو شاهد ويمين، واحتمال قبول النساء إذا كان المتبرّع امرأة ولم يطّلع عليها غير النساء[1]. ج ٢٦ / ٧٤

إلى غير ذلك ممّا فرّعوه على ذلك، وأطنبوا فيه في باب الوصاية، وتعرّضوا لكثير من الأمراض وأحوالها.

إذ لا يخفى عليك أنّه ليس في شيء من النصوص تعليق الحكم على «المخوف» كي يتّجه له هذا البحث عنه، بل من الواضح ظهور النصوص في دوران الحكم على حالٍ لا يحتاج تحقّقها عرفاً إلى أمثال ذلك؛ لكونها من الواضحات كما هو ظاهر عند كلّ من تدبّرها، فلا ريب في أنّ الأقوى ما ذكرناه.

ومنه يعلم: أنّ مرسل مرازم وغيره غير منافٍ لنصوص الثلث؛ ضرورة كونه مطلقاً بالنسبة إلى ذلك، فيقيّد بها.

كما أنّه وغيره أيضاً مطلق بالنسبة إلى العطيّة فيقيّد أيضاً؛ إذ التحقيق أنّ محلّ البحث: التبرّع بالمال ـ ولو المنفعة والدَّين ـ على وجهٍ يضرّ بالوارث، بل وحقّ التحجير وحريم الملك ـ كما صرّح به في جامع المقاصد[2] ـ من دون قصد عوض دنيوي ولو حفظ عرضه أو حفظ ماله

---

(١) المصدر السابق: ص ٩٧ ـ ٩٨.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ١٠٥ ـ ١٠٦.

أو نفسه أو من يعول به ... أو نحو ذلك .

بل لعلّ الصدقة المندوبة ـ المراد منها السلامة ـ منه ؛ ضرورة عدم التعليق على مطلق التنجيز في شيء من نصوص الثلث ، بل لا أثر لهذا اللفظ في مطلق النصوص ، وإنّما الموجود منها عتق وإبراء وعطيّة ... ونحو ذلك ممّا لا شمول له .

وليس المراد من نصوص أن «ليس له إلّا ثلثه» سوى بيان أنّ الثلث هو الذي له التصرّف فيه بكلّ حال بوصيّة وتنجيز وغيرهما ، بخلاف غيره فإنّه ليس بهذا الحال .

وكذا مرسل جامع المقاصد[1] الذي لم نعثر عليه في كتب الأخبار ، فمن الغريب ما في المسالك من الركون إليه هنا[2] ؛ حتّى احتاجوا إلى تنقيح دلالته بدعوى أنّ المعرَّف للعموم مطلقاً أو في خصوص نحو المقام ، مع أنّ في المسالك لم يذكره في أدلّة الثلث .

وعلى كلّ حال ، فهو مقيّد أيضاً بما عرفت من المفهوم المؤيّد بإشعار غيره .

وحينئذٍ فكلّما لم يحصل إجماع على عدم الفرق بينه وبين ما تضمّنته النصوص السابقة ـ نحو ما يبذله على نفسه وعياله ولو لزيادة ↑
الرفاهيّة من أكل وتزويج وغيرهما وإن لم يكن من عادته بعد أن يكون ج ٢٦ / ٧٥
بثمن المثل ، وعلى حفظ عرضه ، أو مصانعة ظالم ، أو إكرام ضيف ...

---

(١) تقدّم في ص ١٣٢.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٣ ـ ٣١٤.

أو غير ذلك ـ يبقى على أصل الخروج من الأصل، المؤيّد هنا بالسيرة المستمرّة والحرج وغيرهما.

وبه يعرف ما في الذي ذكره أخيراً القائلون بالأصل، كما أنّ منه يعرف ما في تحديد الفاضل في القواعد للتبرّع المبحوث عنه من أنّه «إزالة الملك عن عين مملوكة يجري الإرث فيها من غير لزوم ولا أخذ عوض يماثلها»[١]. إذ ـ بعد وجوب تنزيل المثل فيه على المكافئ؛ ليخرج التزويج بثمن المثل، بل يمكن أن يريد به ما قلناه فيسلم من بعض ما ذكرنا ـ فيه:

أوّلاً: الاقتصار على العين، مع أنّ في جامع المقاصد عدّ العارية من التبرّعات[٢]، وإن كان لا يخلو من إشكال أو منع، كإيراده عليه بـ «أنّه صادق على الإزالة بالإتلاف، مع أنّها ليست من التبرّعات»[٣].

وثانياً: أنّه لا يتصوّر فائدة لقوله: «يجري فيها الإرث» بعد ظهور المقام في إرادة الملك للمزيل؛ إذ لا يتصوّر إزالة الملك عن عين مملوكة لا يجري فيها الإرث ويعدّ تبرّعاً، كما اعترف به في جامع المقاصد، قال: «إذ ما لا يجري فيه الإرث من الأموال كالوقف، فإزالة[٤] الملك فيه إنّما تكون بالإتلاف، وليس ممّا نحن فيه»[٥].

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣١.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ١٠٥.

(٣) المصدر السابق.

(٤) في المصدر بدل «كالوقف، فإزالة»: «الوقف، وإزالة».

(٥) انظر «جامع المقاصد» المتقدّم آنفاً.

وثالثاً: يرد على قوله: «من غير لزوم» إزالة الملك اللازمة بالنذر، فإنّه فيه من الثلث على ما جزم به المحقّق الثاني: «ولو قيل: الإزالة هنا بالنذر وليس إيقاعه لازماً، قلنا: بل الإزالة في مثل ما لو نذر عيناً مخصوصةً تكون بالدفع»[1].

على أنّ النذر بالكلّي لا إزالة ملك عين فيه، فيرد على التعريف حينئذٍ من وجه آخر.

واحتمال أنّه من الأصل حينئذٍ، كما لو أتلف مال غيره مثلاً عمداً.

يدفعه: ـ مضافاً إلى أنّه خلاف الفرض ـ وضوح الفرق بينه وبين الإتلاف المنحلّ إلى المعاوضة بعد إيجاد سببه، فليس من التبرّع في شيء قطعاً.

وكيف كان فالضابط فيه ما ذكرنا، ولعلّ إليه يرجع ما في المسالك من «أنّها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض»[2] بناءً ↑ ج ٢٦ / ٧٦
على إرادة ما يشمل ما قدّمناه من العوض والمال.

وعلى كلّ حال، لا يدخل فيه تزويج المرأة نفسها ولو بأقلّ من مهر المثل، ولا انعتاق الأب قهراً إذا قبل اتّهابه في المرض، ولا إجارة نفسه بأقلّ من ثمن المثل وإن قلنا بكون المحاباة في غيره من التبرّعات... إلى غير ذلك ممّا هو غير داخل في الأدلّة ولا إجماع على إلحاقه، فيبقى على الأصل.

---

(١) المصدر السابق (بتصرّف).

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣٠٥.

وهذا حديث إجماليّ قضت الحاجة بإتيانه هنا ؛ لبيان عدم صراحة هذه النصوص ، وأنّها مطلقة قابلة للتقييد وإن اشتملت على العطيّة ونحوها .

وأمّا خبر الأنصاري الذي عابه رسول الله صلى الله عليه وآله ، فقد عرفت[1] أنّه ليس فيما رواه في الكافي : «عند موته» فهو مطلق حينئذٍ ، وإنّما رواه كذلك في الفقيه[2] ، ويمكن أن تكون الإعابة على الثلث أيضاً ؛ لمعلوميّة استحباب الوصيّة بالأقلّ من الربع والخمس ، حتّى ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام ما يقتضي مساواة الإضرار في الورثة بذلك للسرقة[3] ، خصوصاً مع كون المفروض في الخبر أنّه ليس له غيرهم وأنّه ترك صبيةً صغاراً يتكفّفون الناس ، ومن هنا قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «لو حضرته ما تركتكم تدفنونه في مقبرة المسلمين»[4] .

فقد بان لك بحمد الله وفضله : أنّه لا مجال للقول بالأصل ، وأنّه لا ينبغي للفقيه أن يعدو القول بالثلث . واستبعاده[5] : بأنّه لو برئ المريض من ذلك المرض صحّ من الأصل إجماعاً ، يدفعه : أنّه لا مانع من التزام الكشف به حينئذٍ كالفضولي .

(١ و٢) تقدّما في ص ١٢٦ ـ ١٢٧.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٦ الوصيّة ووجوبها ح ١٠ ج ٩ ص ١٧٤، وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٢٦٤.

(٤) من لايحضره الفقيه: الوصيّة / باب ما يجب من ردّ الوصيّة ح ٥٤٢٧ ج ٤ ص ١٨٦ (بتصرّف).

(٥) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / في المريض ج ١٦ ص ٢٠٧.

وأظرف شيء ما وقع لفاضل الرياض في المقام، حيث ذكر: أنّه في زمنه السابق قد صنّف رسالة في المسألة قد اختار فيها الخروج من الثلث، ثمّ اعتذر من ذلك: بأنّه قد كان في غفلة من إجماعَي المرتضى وابن زهرة، فرجع عنه[1].

ج ٢٦ / ٧٧ ولم يعلم أنّهما ـ بعد إعراض المتأخّرين عنهما، بل لم يثبت كون شهرة المتقدّمين عليهما؛ إذ بعض من نسب إليه ذلك كابن حمزة قد تحقّقنا خلافه في وسيلته[2]، وبعضهم له قولان في المسألة[3]، وآخر لا صراحة في كلامه كالكليني[4] فإنّه إنّما عنوَن الباب بلفظ «نصوص عمّار» التي قد عرفت عدم صراحتها في المطلوب، بل قد سمعت[5] أنّ الشيخ ربّما حكي عنه ما يقضي بأنّ المعروف بين الأصحاب في ذلك الزمان القول بالثلث ـ لا يقاومان ما سمعته من الأدلّة، خصوصاً بعد احتمال أو ظنّ أو قطع كون المراد منهما الإجماع على قاعدة التسلّط على المال، لا خصوص ما نحن فيه، كما أشار إليه ابن إدريس في استدلاله على الأصل بـ«أنّه لا خلاف في أنّ للإنسان التصرّف في ماله كيف شاء»[6]، وحينئذٍ فمرجعه إلى العامّ المخصوص أو المطلق المقيّد

---

(١) رياض المسائل: الوصايا / الموصى به ج ١٠ ص ٣٩١.

(٢) الوسيلة: أحكام الوصيّة ص ٣٧٢.

(٣) كالشيخ في كتابيه المبسوط والنهاية، انظر المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٤، والنهاية: الوصايا / الإقرار في المرض ج ٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٤) الكافي: الوصايا / انظر باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله... ج ٧ ص ٧.

(٥) في ص ١٢٨.

(٦) السرائر: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ٢١٣.

بما عرفت ممّا قدّمناه كلّه .

مضافاً إلى نصوص الإقرار المتضمّنة لنفوذه من الثلث مع التهمة وبدونها من الأصل[١]، ولولا تعلّق حقّ الوارث في الجملة بحيث لا يمضي الإقرار عليه لم يكن وجه للنفوذ من الثلث .

ولا ينافيه النفوذ من الأصل مع عدم التهمة ؛ إذ لعلّه تعلّق لا يمنع من الإقرار مع عدم التهمة ، فإنّ تعلّق الحقوق بالنسبة إلى ذلك مختلف ؛ إذ قد عرفت عدم منع تعلّق حقّ الغرماء من الإقرار بالدين السابق في المفلّس عند المصنّف وغيره .

وعلى كلّ حال ، فلا ينكر ظهور هذه النصوص في تعلّق حقّ للورثة في الجملة بالتركة حال المرض ، وهو لا يتمّ إلّا على ما ذكرنا .

نعم هي مختلفة جدّاً ، والجمع بينها بالتفصيل المزبور المنسوب إلى الأكثر ؛ فـ:

في خبر منصور بن حازم : «سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه ديناً؟ فقال : إن كان الميّت مرضيّاً فأعطه الذي أوصى له»[٢] .

ونحوه خبر أبي أيّوب عنه [عليه السلام] أيضاً[٣] .

---

(١) تأتي مع مصادرها قريباً.

(٢) الكافي: الوصايا / باب المريض يقرّ لوارث ح ٢ ج ٧ ص ٤١، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٥ الإقرار في المرض ح ٢ ج ٩ ص ١٥٩، وسائل الشيعة: باب ١٦ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٢٩١.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣ ص ١٦٠، و«الوسائل»: ح ٨ ص ٢٩٤.

وفي خبر العلاء بيّاع السابري: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن امرأة استودعت رجلاً مالاً، فلمّا حضرها الموت قالت له: إنّ المال الذي (ج ٢٦ / ٧٨) دفعته إليك لفلانة وماتت المرأة، فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنّه كان لصاحبتنا مال ولا نراه إلاّ عندك، فاحلف لنا ما لها قبلك شيء، أفيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونة عنده فليحلف لهم، وإن كانت متّهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان، فإنّما لها من مالها ثلثه»(١).

وفي خبر أبي بصير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل معه مال مضاربة، فمات وعليه دين، وأوصى أنّ هذا الذي ترك لأهل المضاربة، أيجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مصدّقاً»(٢) ... إلى غير ذلك.

والظاهر إرادة معنى واحد من «المرضيّ» و«المأمون» و«المصدّق».

بل إليه يرجع «المليّ» في صحيح الحلبي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقرّ لوارث بدين؟ فقال: يجوز إذا كان مليّاً»(٣). وخبره الآخر أنّه «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث بدين في مرضه، أيجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مليّاً»(٤).

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٣ ص ٤٢، و«التهذيب»: ح ٧ ص ١٦٠، و«الوسائل»: ح ٢.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٥ ص ١٦٧، و«الوسائل»: ح ١٤ ص ٢٩٦.

(٣) الكافي: الوصايا / باب المريض يقرّ لوارث ح١ ج٧ ص٤١، من لايحضره الفقيه: الوصيّة / باب إقرار المريض للوارث ح ٥٥٤١ ج ٤ ص ٢٢٩، وسائل الشيعة: باب ١٦ من كتاب الوصايا ح ٥ ج ١٩ ص ٢٩٢.

(٤) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨١ الديون وأحكامها ح ٣٠ ج ٦ ص ١٩٠، وسائل الشيعة: باب ١٦ من كتاب الوصايا ح ٧ ج ١٩ ص ٢٩٣.

بناءً على ما في الصحاح من أنّه «مَلُؤ الرجل: صار مليّاً أي ثقةً»[١]، أو على أنّ الملاءة طريق لرفع التهمة، خصوصاً إذا رجع الضمير في «كان» إلى الوارث.

ولعلّ الأوّل أولى؛ ليوافق النصوص السابقة التي ترجع إليها أيضاً مكاتبة محمّد بن عبدالجبّار إلى العسكري عليه السلام: «عن امرأة أوصت إلى رجل وأقرّت له بدين ثمانية آلاف درهم، وكذلك ما كان لها من متاع البيت من صوف وشعر وشبه وصفر ونحاس، وكلّ مالها أقرّت به للموصى له، وأشهدت على وصيّتها، وأوصت أن يحجّ عنها من هذه التركة حجّتين[٢]، ويعطى مولاة لها أربعمائة درهم، وماتت المرأة وتركت زوجاً، فلم ندر كيف الخروج من هذا واشتبه علينا[٣] الأمر. وذكر كاتب[٤] أنّ المرأة استشارته فسألته أن يكتب لها ما يصحّ لهذا الوصي، فقال لها: لا تصحّ تركتك لهذا الوصي إلّا بإقرارك له بدين يحيط بتركتك بشهادة الشهود وتأمريه بعد أن ينفذ ما توصيه به، فكتبت له بالوصيّة على هذا وأقرّت للوصي بهذا الدين، فرأيك ـ أدام الله عزّك ـ في مسألة الفقهاء قبلك عن هذا وتعرّفنا ذلك لنعمل به إن شاء الله؟».

↑ «فكتب عليه السلام بخطّه: إن كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج

ج ٢٦ / ٧٩ الدين من رأس المال إن شاء الله، وإن لم يكن الدين حقّاً أنفذ لها

(١) الصحاح: ج ١ ص ٧٣ (ملأ).

(٢) في بعض النسخ ـ مطابقاً للاستبصار والوسائل ـ: حجّتان.

(٣) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: عليه.

(٤) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسخة التهذيب ـ بدلها: الكاتب.

ما أوصت به من ثلثها، كفى أو لم يكف»(١).

فإنّ الظاهر رجوع ذلك إلى الاتّهام بإخبار الكاتب وغيره؛ ومن هنا علّق الأمر عليه السلام على معروفيّة الدين ومفهوميّته وكونه حقّاً.

كما أنّ مرجع غير ذلك من النصوص المطلقة إلى التقييد المزبور؛ كـ:

خبر إسماعيل بن جابر: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل أقرّ لوارث له وهو مريض بدين له عليه؟ قال: يجوز إذا أقرّ به دون الثلث»(٢).

وخبر سماعة: «سألته عمّن أقرّ لوارث له بدين عليه وهو مريض؟ قال: يجوز عليه ما أقرّ به إذا كان قليلاً»(٣).

وخبر أبي ولّاد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث بدين له عليه؟ قال: يجوز ذلك، قلت: فإن أوصى لوارث بشيء؟ قال: جائز»(٤).

وخبر القاسم بن سليمان: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن رجل اعترف

---

(١) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٥ الإقرار في المرض ح ١٠ ج ٩ ص ١٦١، الاستبصار: الوصايا / باب ٦٨ الإقرار في حال المرض ح ٩ ج ٤ ص ١١٣، وسائل الشيعة: باب ١٦ من كتاب الوصايا ح ١٠ ج ١٩ ص ٢٩٤.

(٢) الكافي: الوصايا / باب المريض يقرّ لوارث ح ٤ ج ٧ ص ٤٢، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٥ ص ١٦٠، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٢٩٢.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٤ ص ١٦٠، و«الاستبصار»: ح ٤ ص ١١١، و«الوسائل»: ح ٩.

(٤) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٥، و«التهذيب»: ح ٦، و«الوسائل»: ح ٤.

لوارث له بدين في مرضه؟ فقال: لا تجوز وصيّة[١] لوارث ولا اعتراف له بدين[٢]»[٣].

وخبر السكوني المتقدّم سابقاً[٤].

وخبره الآخر: «قال أميرالمؤمنين عليه السلام - في رجل أقرّ عند موته لفلان وفلان لأحدهما عندي ألف درهم ثمّ مات على تلك الحال -: أيّهما أقام البيّنة فله المال، فإن لم يقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان»[٥].

وخبر سعد بن سعد عن الرضا عليه السلام، قال: «سألته عن رجل مسافر حضره الموت، فدفع مالاً إلى رجل من التجّار فقال له: إنّ هذا المال لفلان بن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء، ج ٢٦/٨٠ فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له بأمر، ولا يدري صاحبه ما الذي حمله على ذلك، كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء»[٦].

---

(١) في بعض النسخ - مطابقاً للوسائل -: وصيّته.

(٢) «له بدين» ليست في التهذيب والاستبصار.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٢ الوصيّة للوارث ح ٩ ج ٩ ص ٢٠٠، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٥ صحّة الوصيّة للوارث ح ٤ ج ٤ ص ١٢٧، وسائل الشيعة: باب ١٥ من كتاب الوصايا ح ١٢ ج ١٩ ص ٢٨٩.

(٤) في ص ١٣٢.

(٥) الكافي: الوصايا / باب النوادر ح ٥ ج ٧ ص ٥٨، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٥ الإقرار في المرض ح ١٢ ج ٩ ص ١٦٢، وسائل الشيعة: باب ٢٥ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٢٣.

(٦) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٨ ص ١٦٠، ووسائل الشيعة: باب ١٦ من كتاب الوصايا ح ٦ ج ١٩ ص ٢٩٣.

إلى غير ذلك ممّا يجب حمله على التقييد المزبور في النصوص السابقة.

ومنه يعلم: ضعف جميع الأقوال في المسألة، المستلزم كلّ منها ـ أو أكثرها ـ طرح أكثر النصوص أو بعضها، فـ:

منها: القول[1] بأنّه من الأصل مطلقاً، كما هو المشهور بين القائلين بأنّ المنجّزات منه لا من الثلث؛ لعموم: «إقرار العقلاء...»[2]؛ ولاقتضاء الحكمة قبول إقراره، وإلّا بقيت ذمّته مشغولة في بعض الأحوال، وصاحب المال ممنوعاً عن حقّه.

ومنها: أنّه إن كان عدلاً مضى من الأصل وإلّا فمن الثلث. وكأنّ مستنده: إرجاع تلك الأوصاف في النصوص المزبورة إلى العدالة.

وفيه: أنّه لا شاهد عليه، ولا تنافي بين العدالة والتهمة ـ المفروضة في كلام كثير من الأصحاب ـ من القرائن الحاليّة أو المقاليّة، كما لا تنافي بين الفسق وعدمها كما هو واضح.

ومنها: التفصيل بين الأجنبي والوارث، فالإقرار للأوّل من الأصل مطلقاً، والثاني كذلك مع عدم التهمة، ومعها من الثلث. وهو المحكي

---

(١) اختاره ابن إدريس في السرائر: الوصايا: الإقرار في المرض ج ٣ ص ٢١٧، وابن سعيد في الجامع للشرائع: باب الإقرار ص ٣٣٨، وفخر الدين في الإيضاح: الإقرار / في المقرّ ج ٢ ص ٤٢٨، وسلّار في ظاهر المراسم: ذكر الإقرار ص ٢٠١.

(٢) عوالي اللآلي: الفصل التاسع من المقدّمة ح ١٠٤ ج ١ ص ٢٢٣، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الإقرار ح ٢ ج ٢٣ ص ١٨٤، مستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب الإقرار ح ١ ج ١٦ ص ٣١.

عن ابن حمزة[١].

وفيه طرح للنصوص المقيّدة بالأجنبي أو المطلقة.

ومنها: ما في النافع من أنّ الإقرار للوارث من الثلث مطلقاً وللأجنبي مع التهمة، وبدونها من الأصل[٢].

وفيه طرح للنصوص المقيّدة في الوارث.

ومنها: ما عن المفيد من أنّه «إن كان بدين مضى من الأصل، وإن كان بعين وكان عليه دين يحيط بجميع التركة قبل إقراره إن كان عدلاً مأموناً، وإن كان متّهماً لم يقبل إقراره»[٣].

وفيه طرح لبعض النصوص السابقة.

ومنها: ما عن التقي من عدم الفرق بين الصحيح والمريض في مضيّ الإقرار إن كان مأموناً، وعدمه إن كان غير مأمون[٤].

وهو غريب؛ إذ لا خلاف في مضيّ إقرار الصحيح من الأصل مطلقاً. ↑ ج ٢٦ / ٨١

ومنها: ما عن النهاية[٥] والقاضي[٦] من اشتراط العدالة وانتفاء التهمة في المضيّ من الأصل، واشتراط انتفائهما معاً في المضيّ من الثلث.

---

(١) الوسيلة: الإقرار / بيان الإقرار ص ٢٨٤.

(٢) المختصر النافع: الوصايا / تصرّفات المريض ص ١٦٨.

(٣) المقنعة: الإقرار / الإقرار في المرض ص ٦٦٢.

(٤) الكافي في الفقه: في الإقرار ص ٤٣٣.

(٥) انظر الهامش بعد اللاحق.

(٦) المهذّب: الإقرار / الإعراض بعد الإقرار ج ١ ص ٤١٩.

قال الأوّل: «إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي والوارث إذا كان مرضيّاً موثوقاً بعدالته، فإن كان غير موثوق به وكان متّهماً فإن لم يكن مع المقرّ له بيّنة أُعطي من الثلث»[١].

ويمكن إرجاعه إلى المشهور إن لم يكن الظاهر، فتكون الأقوال ستّة لا سبعة، وربّما عدّت[٢] عشرة.

والأمر سهل بعد أن عرفت أنّ الأصحّ منها الأوّل الذي تجتمع عليه جميع النصوص.

لكن أشكله بعضهم: بأنّه ليس في شيء منها الدلالة على النفوذ من الثلث مع التهمة، وإنّما تدلّ على عدم النفوذ مطلقاً بالمفهوم[٣].

وفيه: أنّ خبر العلاء وخبر إسماعيل بن جابر ظاهران في ذلك، بل لعلّه هو مقتضى المفهوم بعد الإجماع على عدم حرمانه؛ لئلّا يلزم اتّحاده مع المنطوق حينئذٍ.

نعم، قد يشكل: بأنّ المتّجه إخراج ثلث ما أقرّ به من الدين من ثلثه والإمضاء في ثلث العين المقرّ بها من دون غرامة قيمة الباقي من ثلثه؛ لأنّ الدين بعد الموت يتعلّق بمجموع التركة، ولذا لو أقرّ الوارث نفذ في حصّته بالنسبة، ولأنّ تعلّق حقّ الورثة يمنع من نفوذ الإقرار في الزائد على الثلث، فلا تقصير منه يوجب الضمان للمالك، كما أنّه لا مقتضي

---

(١) النهاية: الوصايا / الإقرار في المرض ج ٣ ص ١٦٧.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / في المريض ج ١٦ ص ٢٠٨ فما بعدها.

(٣) رياض المسائل: الوصايا / الموصى له ج ١٠ ص ٣٩٤.

لغرامته للوارث من ثلثه لو أخذها المقرّ له بالإقرار .

ويدفع أيضاً في الدين : بظهور الفتاوى وبعض النصوص ـ كخبر إسماعيل بن جابر ، بل لعلّه المنساق من جميعها ـ في خروج ما أقرّ به منه من الثلث ، ولعلّه للفرق بينه وبين إقرار الوارث الذي قد حصل له سبب ملك حصّته وهو الموت ، والدين إنّما يمنع عنها بالنسبة ، بخلاف إقرار الميّت المقتضي لشغل ذمّته والتأدية من ماله الذي لم يعارضه فيه غيره بتعلّق حقّ ونحوه .

وفي العين : بأنّ مقتضى عموم الإقرار وكون المال في يده دفعها إلى المقرّ له ؛ لأنّه المخاطب بذلك ؛ ولا إثم عليه في الواقع ، ولكن في
↑ الظاهر منعه الشارع عمّا يقتضي إضرار الورثة من التصرّفات التي
ج ٢٦ / ٨٢ لم تكن مستحقّة عليه التي منها ما نحن فيه ؛ إذ إقراره لم يثبت به سبق الاستحقاق على وجهٍ ينفذ على غيره .

فالجمع حينئذٍ بين الحقوق جميعها يكون بتدارك ضرر الورثة بدفع قيمة ما فات عليهم من ثلثه ، فلو لم يكن له ثلث كان للورثة منع المقرّ له من أخذها .

وكذا الكلام في المنجّزات ، بل لعلّ الإقرار ـ بعد عدم ثبوت السبق به ـ منها وإن لم يكن إنشاء ؛ إذ هو سبب في الحكم بإزالة الملك في العين وشغل الذمّة بالنسبة إلى الدين ، كالنذر في أيّام المرض بناءً على أنّه من الثلث .

ومنه ينقدح حينئذٍ احتمال التفصيل بالتهمة وعدمها في سائر

المنجّزات ؛ على معنى : أنّه إن كان قد اتّهم بقصد الإضرار بالورثة بالتنجيز والفرار من الإرث كان ذلك من ثلثه وإلّا فمن الأصل ، وبه حينئذٍ يجمع بين النصوص السابقة ، وربّما كان في ذيل صحيح عبد الرحمن الطويل[1] إيماء في الجملة إليه .

لكنّ ظاهر الأصحاب خلاف ذلك ، بل يمكن دعوى الإجماع على عدم وجود اعتبار[2] التهمة وعدمها في المنجّزات ، ولعلّه لعدم إشعار النصوص السابقة ـ على كثرتها ـ بذلك .

بل قد يقال : بمنع كون الإقرار من المنجّزات التي قد تقدّم الخلاف فيها ؛ ضرورة تضمّن تلك النصوص للعتق والهبة ونحوهما ممّا لا يشمل الإقرار ، ولا منقّح .

فالذي تقتضيه الضوابط : كونه من الأصل مطلقاً ، لكن[3] أُخرجت عنها صورة التهمة ، لا أنّ مقتضاها : الخروج من الثلث باعتبار تعلّق حقّ الورثة وخرجنا عنها في صورة المأمونيّة بالنصوص ؛ إذ الظاهر من النصّ والفتوى عدم تعلّق حقّ للوارث في العين حال الحياة .

ومن ذلك يظهر لك الحال في حكم الواسطة ؛ أي الذي لم يعلم كونه مأموناً وعدمه .

وفيما لو ادّعاها الوارث على المقرّ له ، فإنّ القول قول المقرّ له مع

---

(١) تقدّم في ص ١٣٥ ـ ١٣٧.

(٢) تحتمل المعتمدة: على عدم اعتبار وجود.

(٣) في بعض النسخ بعدها إضافة: النصوص.

يمينه على عدم العلم بالتهمة ، لا على العلم بعدمها ؛ لأنّه يمين على نفي فعل الغير ، ويكفي حينئذٍ في الحكم للمقرّ له بالحقّ مجرّد الإقرار مع عدم[1] ظهور المانع من صحّته وإن لم يعلم صحّة السبب ، كما جزم به في المسالك .

بل ويظهر أيضاً فيما لو أقرّ بمنجّز ولم يسنده إلى ما قبل المرض[2] .
لكن في جامع المقاصد أنّه «لا يبعد جعله من الثلث وإن لم يكن تهمة ؛ ج ٢٦ / ٨٣
لأنّ الإقرار إنّما يقتضي اللزوم قبيل زمان الإقرار بمقدار ما يمكن إنشاؤه»[3] . ومقتضاه حينئذٍ : سقوط حقّ المقرّ له مع عدم وفاء الثلث ، وفيه نظر .

وعلى كلّ حال ، فإقراره يلزم به في الظاهر لو برئ ، سواء كان متّهماً أو غير متّهم ؛ للعموم . واحتمال : أنّه كالوصيّة في عدم اللزوم إذا كان متّهماً وقلنا بالخروج من الثلث ، كما ترى .

وتمام الكلام في هذه المسائل كلّها في محالّها إن شاء الله ، وإنّما اقتضت الضرورة لذكر هذه النبذة منها على الإجمال .

كما أنّها اقتضت البحث في حال تركة الميّت مع الدين ؛ إذ هي من المال المحجور على مالكه التصرّف فيه بناءً على انتقالها إلى الوارث وأنّ الدين متعلّق بها تعلّق الرهانة .

---

(١) هذه الكلمة ليست في المسالك.

(٢) مسالك الأفهام: الإقرار / في المقرّ ج ١١ ص ٩٧.

(٣) جامع المقاصد: الإقرار / في المقرّ ج ٩ ص ٢٠٩.

ولكنّ تحقيق الحال فيها: أنّ الإجماع بقسميه[١] على تعلّق الديون بها في الجملة وعلى عدم انتقالها إلى الديّان، كما أنّ الإجماع بقسميه[٢] أيضاً على انتقالها إلى الوارث مع عدم الدين والوصيّة، بل حكاه بعضهم[٣] أيضاً على انتقال الفاضل عن الدين مع عدم الوصيّة وعلى انتقال الزائد عن الثلث إليهم معها.

إنّما الكلام في انتقالها أجمع إلى الوارث مع الاستيعاب، وفي انتقال المقابل للدين منها مع عدمه:

فخيرة الحلّي[٤] والمصنّف والفاضل في الإرشاد[٥] والشهيد[٦] ومحكيّ المقنع[٧] والنهاية[٨] والمبسوط في أحد النقلين[٩] والخلاف[١٠] والنهاية[١١] وفقه الراوندي[١٢] ـ قيل: «ومال إليه الفخر ووالده في وصايا

(١ ـ ٣) مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٢٤. وانظر طبعة آل البيت بحث الفرائض / خاتمة موانع الإرث ج ٨ ص ٨٩.

(٤) تأتي بعض عبائره قريباً.

(٥) إرشاد الأذهان: الميراث / موانع الإرث ج ٢ ص ١٣١.

(٦) الدروس الشرعيّة: الميراث / درس ١٨٣ ج ٢ ص ٣٥٢.

(٧) المقنع: باب الوصايا ص ٤٨٥.

(٨) يحتمل الضرب عليها في المعتمدة. وسيأتي ذكرها قريباً.

(٩) كما في نقل العلّامة في المختلف: القضاء / في الشهادات ج ٨ ص ٥٣١.

(١٠) الخلاف: زكاة الفطرة / مسألة ١٨٠ ج ٢ ص ١٤٥ (كما استظهره من هذا الموضع في مفتاح الكرامة)، والوصايا / مسألة ١٨ ج ٤ ص ١٤٧.

(١١) النهاية: الوصايا / الإقرار في المرض ج ٣ ص ١٧١.

(١٢) فقه القرآن: المواريث / ميراث الزوجين ج ٢ ص ٣٣٥.

المختلف أو قالا به»[1] ـ الثاني وأنّه باقٍ على حكم مال الميّت.

بل في المسالك[2] والمفاتيح[3]: نسبته إلى الأكثر.

بل في وصايا السرائر: «إذا كان على الميّت دين يحيط بالتركة فإنّها ـ بلا خلاف بيننا ـ لا تدخل في ملك الغرماء ولا ملك الورثة، والميّت قد انقطع ملكه وزال، فينبغي أن تكون موقوفة على انقضاء الدين»[4].

وفي دينها: «إنّ أُصول مذهبنا تقتضي أنّ الورثة لا يستحقّون شيئاً من التركة دون قضاء جميع الديون، ولا يسوغ ولا يحلّ لهم التصرّف في التركة دون القضاء إذا كانت بقدر الدين؛ لقوله تعالى: (من بعد وصيّة يوصى بها أو دين)[5]، فشرط صحّة الميراث وانتقاله أن يكون ما يفضل عن الدين، فلا يملك الوارث إلّا بعد قضاء الدين...»[6] إلى آخره. ↑ ج ٢٦ / ٨٤

للآية[7] الظاهرة في أنّ ملك السهام بعد الدين؛ لظهور اللام في الملك لا استقراره.

ولصحيح عبّاد بن صهيب أو موثّقه عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل فرّط في إخراج زكاته في حياته، فلمّا حضرته الوفاة حسب جميع ما فرّط فيه ممّا يلزمه من الزكاة، ثمّ أوصى به أن يخرج ذلك، فيدفع

---

(١) مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٢٦.

(٢) مسالك الأفهام: الفرائض / لواحق أسباب المنع ج ١٣ ص ٦١.

(٣) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٢١٤ ج ٣ ص ٣١٧.

(٤) السرائر: الوصايا / الوصيّة وما يصح منها ج ٣ ص ٢٠٢ ـ ٢٠٣.

(٥) سورة النساء: الآية ١٢.

(٦) السرائر: الديون / قضاء الدين عن الميّت ج ٢ ص ٤٧.

(٧) انظر الهامش قبل السابق.

إلى من يجب له ؟ قال : جائز ، يخرج ذلك من جميع المال ؛ إنّما هو بمنزلة دين لو كان عليه ، ليس للورثة شيء حتّى يؤدّوا ما أوصى به من الزكاة»[١].

وصحيح سليمان بن خالد عنه عليه السلام أيضاً : «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في دية المقتول أنّه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم إذا لم يكن على المقتول دين ...»[٢].

والسيرة المستمرّة على تبعيّة النماء للتركة في وفاء الدين ، وهو مستلزم لبقائها على حكم مال الميّت لا الورثة .

خلافاً لقواعد الفاضل[٣] وجامع المقاصد[٤] والمبسوط في النقل الآخر[٥] والتحرير[٦] والتذكرة[٧] وقضاء المختلف[٨] وحجر الإيضاح[٩]

---

(١) الكافي: الزكاة / باب قضاء الزكاة ح ١ ج ٣ ص ٥٤٧. وسائل الشيعة: باب ٢١ من أبواب المستحقّين للزكاة ح ١ ج ٩ ص ٢٥٥.

(٢) الكافي: المواريث / باب مواريث القتلى ح ٢ ج ٧ ص ١٣٩. تهذيب الأحكام: الفرائض / باب ٤٠ ميراث المرتدّ ح ٧ ج ٩ ص ٣٧٥. وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب موانع الإرث ح ١ ج ٢٦ ص ٣٥.

(٣) قواعد الأحكام: الفرائض / خاتمة موانع الإرث ج ٣ ص ٣٥٤.

(٤) جامع المقاصد: الرهن / في المحل. والحجر / في المريض ج ٥ ص ٧١ و٢٢١. والوصايا / ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ٢٥ ...

(٥) نقله عنه في كشف اللثام: الفرائض / خاتمة موانع الإرث ج ٩ ص ٣٩٠.

(٦) تحرير الأحكام: القضاء / في الدعاوى ج ٥ ص ١٧٢.

(٧) تذكرة الفقهاء: الرهن / منع المتراهنين من التصرّفات ج ١٣ ص ٢٣٥. والحجر / كيفيّة التصرّف ج ١٤ ص ٢٧٢.

(٨) مختلف الشيعة: القضاء / في الشهادات ج ٨ ص ٥٣١ ـ ٥٣٢.

(٩) إيضاح الفوائد: الحجر / في المريض ج ٢ ص ٦٣ ـ ٦٤.

ووصاياه[١] وحواشي الشهيد[٢] وقضاء المسالك[٣] ومواريثه[٤] ومواريث كشف اللثام[٥] فاختاروا الأوّل.

بل ربّما استظهر[٦] من بعضهم أنّه المشهور، ومن التذكرة: الإجماع عليه[٧]، حيث قال: «الحقّ عندنا أنّ التركة تنتقل إلى الوارث»[٨].

لمعلوميّة عدم بقاء المال بلا مالك، كمعلوميّة عدم كونه في المقام للغرماء ـ للإجماع بقسميه[٩] وغيره ـ بل والميّت؛ ضرورة كون الملك صفة وجوديّة لا تقوم بالمعدوم كالمملوكيّة، ولذا لم يدخل في ملكه جديداً؛ إذ لا فرق بين الابتداء والاستدامة، وقضاء الدين من ديته وممّا يقع في شبكته بعد موته أعمّ من ملكيّته لذلك، فتعيّن كونه للوارث.

ولأنّها لو لم تنتقل إليهم لما شارك ابن الابن ـ مثلاً ـ عمّه لو مات

(١) إيضاح الفوائد: الوصايا / ماهيّة الوصيّة ج ٢ ص ٤٧٥ ـ ٤٧٦.

(٢) الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٢٦٨.

(٣) مسالك الأفهام: القضاء / كيفيّة الاستحلاف ج ١٣ ص ٥٠٥.

(٤) مسالك الأفهام: الفرائض / لواحق أسباب المنع ج ١٣ ص ٦١ ـ ٦٢.

(٥) كشف اللثام: الفرائض / خاتمة موانع الإرث ج ٩ ص ٣٩٠.

(٦) كما في مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٣٣.

(٧) استظهره منها في مفتاح الكرامة: (الهامش السابق: ص ٣٣٢ ـ ٣٣٣).

(٨) تذكرة الفقهاء: الحجر / كيفيّة التصرّف ج ١٤ ص ٢٧٢.

(٩) انظر إيضاح الفوائد: الحجر / في المريض ج ٢ ص ٦٣ ـ ٦٤، ومسالك الأفهام: الفرائض / لواحق أسباب المنع ج ١٣ ص ٦٢، وكشف اللثام: الفرائض / خاتمة موانع الإرث ج ٩ ص ٣٩٠، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٢١٤ ج ٣ ص ٣١٧.

أبوه بعد جدّه وحصل الإبراء من الدين، والتالي باطل إجماعاً[١].

ولأن الحالف مع الشاهد إنّما هو الوارث المخاصم في مال الميّت، فلولا الانتقال لساوى الغريم في عدم إثبات مال الغير بيمينه. وتعلّق الحقّ ـ لو سلّم ـ لا يسوّغ ذلك. ↑ ج ٢٦ / ٨٥

ولأنّه لا خلاف في أنّ الورثة أحقّ بأعيان التركة من غيرهم، بل الإجماع بقسميه عليه؛ ومن هنا حكي عن بعضهم: أنّ النزاع في القيمة لا في نفس الأعيان[٢].

وفي كلّ من الدليلين نظر:

أمّا الآية فالمراد منها ـ بعد الإجماع على ملك الوارث للثلثين مع الوصيّة بالثلث، والإجماع المحكي[٣] الذي يشهد له التتبّع على ملكه الزائد على مقابل الدين ـ بيان كون تقدير السهام بعد الوصيّة والدين، دفعاً لتخيّل كون الثلث مثلاً من أصل المال.

فلا تعرّض فيها حينئذٍ لمالك ما يقابل الوصيّة والدين أنّه الميّت أو الوارث؛ ضرورة عدم منافاة المعنى المزبور لكلّ منهما، إذ مرجعه حينئذٍ إلى نحو النصوص الواردة في بيان الحال في تركة الميّت من إخراج الكفن أوّلاً والدين ثانياً والوصيّة ثالثاً والسهام رابعاً[٤]، وإن

(١) كما في مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٣٣.
(٢) مفتاح الكرامة: الفرائض / خاتمة موانع الإرث ج ٨ ص ٨٩ (طبعة آل البيت).
(٣) المصدر السابق، وانظر مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٢٤.
(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٨ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٢٩.

لم يكن فيها بيان تمام ذلك.

فالتقدير حينئذٍ: هذه السهام من بعد الوصيّة والدين، لا أنّ المراد منها تعليق الملك بعد الوصيّة والدين؛ لمنافاته حينئذٍ الإجماع المزبور، سواء أُريد: بعد إيصال الوصيّة والدين إلى أهلهما أو بعد عزلهما وتعيينهما.

واحتمال: كون المراد منها تعليق جواز التصرّف في الملك أو استقراره ـ مع بُعده ـ غير نافع للخصم، بل هو ضارّ له، كتقدير سعة المال؛ بمعنى: أنّ هذه السهام من أصل المال لأهلها مع سعة المال للوصيّة والدين وإن وجب عليهم حينئذٍ التأدية منها، فتبقى السهام حينئذٍ على ما هو المنساق منها من كونها من أصل المال، خصوصاً مع قوله تعالى: «ممّا تركتم»[1]، ويكون مورد الآية حينئذٍ والمقصود منها بيان حكم التركة الزائدة.

وكذا تقدير العزل والأداء.

وعلى كلّ حال فما ذكرناه أولى من الجميع، بل هو المقطوع به بعد التأمّل الجيّد، وربّما يرجع إليه بعض ما سمعت. ومنه يظهر لك ما في الذي أطنب فيه الأردبيلي[2] وتبعه عليه غيره[3]، بل منه يظهر لك ما في كلام كثير من الأصحاب، فلاحظ وتأمّل.

↑ ج ٢٦ / ٨٦

(١) سورة النساء: الآية ١٢.

(٢) زبدة البيان: المواريث / ذيل الآية الرابعة ص ٦٤٩ ...

(٣) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٢٧ ...

وأمّا احتمال: كون المراد «من بعد» فيها الكناية عن ملك الزائد على الوصيّة والدين، فهو ـ مع أنّه لا يساعد عليه اللفظ كمال المساعدة ـ غير مجدٍ للخصم؛ ضرورة كون أقصاه بيان حكم الزائد لا غيره. وإشعار التقييد حينئذٍ بعدم ملكه لغيره، يدفعه: احتمال كون ثمرة التقييد حينئذٍ بيان أنّه الملك المجدي للوارث النافع له، بخلاف غيره الذي يزول عنه بأدائه للوصيّة والدين، بل لعلّ ذلك أولى من الأوّل الذي لا قرينة على تعيينه.

وممّا ذكرنا يظهر لك النظر في الاستدلال[1] بصحيح عبّاد[2] المعلوم عدم سوقه لبيان ذلك، وأنّه لا معنى لإرادة نفي الملك منه بعد الإجماع المزبور. وتخصيصه بمقابل الوصيّة والدين منافٍ لظاهره؛ إذ لا يرجع لفظ «حتّى» فيه إلى معنى محصّل، ضرورة أنّه يكون معناه: ليس لهم ذلك حتّى يؤدّوه. وحمله على خصوص التأدية من غير التركة كما ترى، فلابدّ من حمله حينئذٍ على جواز التصرّف أو استقرار الملك... أو غير ذلك.

وكذا صحيح سليمان[3].

وأمّا السيرة: فقد يمنع تحقّقها على وجهٍ يجدي، ولو سلّم فهي أعمّ من الكون على حكم ملك الميّت؛ إذ يمكن كونه ملك الوارث ومع ذلك

(١) كما في زبدة البيان: (الهامش قبل السابق: ص ٦٥٠).
(٢) تقدّم في ص ١٦٦ ـ ١٦٧.
(٣) تقدّم في ص ١٦٧.

يجب دفعه في الدين لها كالأصل، كما هو واضح.

وأمّا أدلّة القول الثاني، ففي أوّلها: أنّه لا مانع عقلاً ولا شرعاً في بقاء المال على حكم ملك الميّت، بل لابدّ من التزامه في مثل الوصيّة بالثلث للعبادة ونحوها، والتزامه فيمن لم يكن له وارث إلّا مملوك يشترى فيعتق حتّى يرث.

والتزام كونه للورثة في الأوّل ويجب عليهم تأديته في تلك المصارف ـ كما في جامع المقاصد[1] ـ لا داعي له ولا دليل عليه، مع أنّه لا يتمّ في مثل الثاني.

ودعوى[2]: الإجماع على عدم بقاء المال بلا مالك ـ بحيث لا يكفي هذا الحكم من الملك ـ واضحة المنع.

وما أبعد ما بين ذلك وبين القول بأنّه يملك جديداً حقيقةً كما عن ↑
ثاني الشهيدين[3] والفخر[4] ناسباً له إلى بعض، بل قيل: «إنّه ربّما أراد به المصنّف في باب القصاص فيما إذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال»[5]؛ محتجّاً: بوفاء الدين من ديته الحاصلة بعد موته وممّا يقع في شبكته. ج ٢٦ / ٨٧

وفيه: أنّه أعمّ من صفة الملك حقيقةً، ولعلّه لا يريدها بل يريد

(١) جامع المقاصد: الوصايا / ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ٢٦.
(٢) كما في جامع المقاصد: (الهامش السابق: ص ٢٥).
(٣) الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الثاني ج ٥ ص ٣٨.
(٤) إيضاح الفوائد: الوصايا / ماهيّة الوصيّة ج ٢ ص ٤٧٦.
(٥) مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٣١.

ما يرجع إلى حكم الملك ؛ ضرورة معلوميّة زوال الملك بالموت ، وقد سمعت[١] نفي الخلاف فيه من الحلّي ، والأمر سهل في ذلك ؛ حيث لا ثمرة معتدّ بها فيه .

وشركة ابن الابن عمَّه أعمّ من الدعوى ؛ إذ لعلّه لإرثه الاستحقاق الذي كان لأبيه ، فإنّه لا إشكال في استحقاق الوارث المال المقابل للدين لو اتّفق ارتفاعه بإبراء ونحوه وإن قلنا بكونه على حكم مال الميّت حاله ؛ ولذا كانت الخصومة في أموال الميّت له ، بل قد عرفت أنّه الذي يحلف مع الشاهد .

ولعلّه لهذا الاستحقاق الذي كان الدين مانعاً عنه جاز يمينه عليه وإن لم يكن ملكاً له بالفعل ؛ ضرورة كونه ليس كغيره من الحقوق التي لم تجز اليمين لإثبات المال معها كحقّ الرهانة وغرماء المفلّس ... ونحوهم .

والمسلّم من أحقّيّة الوارث عدم مزاحمة الغير له لو أراد العين بثمنها ، وهذا أعمّ من الملكيّة .

ومنه يعلم : أنّ دعوى[٢] النزاع في القيمة لا العين ـ لذلك ـ في غير محلّها ، بل كلمات الأصحاب صريحة في خلافه ، كما لا يخفى على الملاحظ لها .

فتأمّل جيّداً ، فإنّه قد بان لك من ذلك كلّه النظر في الحجّتين .

---

(١) في ص ١٦٦.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الفرائض / خاتمة موانع الإرث ج ٨ص ٨٩ (طبعة آل البيت).

لكن لا ريب في أنّ الأقوى القول الثاني، لا لما ذكروه، بل لأنّه بعد ما عرفت من عدم دلالة الآية والرواية على البقاء على حكم مال الميّت لم يكن معارض لما دلّ على أنّ جميع تركة الميّت لوارثه بموته من العمومات وغيرها؛ كقوله عليه السلام: «ما تركه الميّت لورثته»[1] وغيره، ووجوب الوفاء غير قادح.

نعم، في الوصيّة بالثلث بما يرجع إلى الميّت لا يبعد البقاء على حكم ماله؛ للنصوص الدالّة على أنّ له مع الوصيّة من ماله ثلثه. وتعذّر الملك حقيقةً يعيّن إرادة بقاء حكم الملك، فهي في الحقيقة مخصّصة لتلك النصوص. ↑ ج ٢٦ / ٨٨

إذ هو أقرب من احتمال الجمع بينها بإرادة حصول النفع للميّت، فلا ينافي ملك الورثة لها كما هو مقتضى العموم الأوّل وإن وجب عليهم صرفها فيما أوصى به، كما لا يخفى على من لاحظها، فإنّها ظاهرة كمال الظهور في عدم ملك الوارث لها.

وبذلك افترقت الوصيّة عن الدين، فإنّه ليس فيما عثرنا عليه من الأدلّة ما يدلّ على نحو ذلك إلّا ما عرفت النظر فيه، مضافاً إلى اقتضاء القول ببقاء مقابل الدين على حكم مال الميّت وملك الوارث الزائد تجشّماً وتكلّفاً؛ إذ هو:

إن رجع إلى الإشاعة ـ على معنى: أنّه لو فرض مقابلة النصف وقت

---

(١) أرسله في مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٤١.

الوفاة ـ كان المال بين الميّت والورثة نصفين، واتّجه التوزيع لو اتّفق نقصان السعر أو التلف، لا اختصاص الوارث وعود المال إلى ملك الميّت، كما هو المعروف بين الأصحاب.

وإن لم يرجع إلى الإشاعة اقتضى ملكاً للكلّي في غير الذمّة، وقد عرفت أنّ التحقيق احتياجه إلى الدليل في باب بيع الصاع من الصبرة، ولا دافع لذلك إلّا التزامه للدليل ـ كما سمعته[1] في خبر الأطنان[2] ـ أو التزام الأوّل والتخلّص ممّا سمعته بدعوى المراعاة في الملك لا العود من الوارث، والكلّ تجشّم.

ولعلّ مثله لازم في الوصيّة لو كان قد أوصى بكلّي من ثلثه كألف ونحوه، فإنّه لا ينقص ما دام في الثلث سعة، ولا يرجع إلى حصّة معيّنة منه بحيث لو نقص أصل المال بسعر أو تلف دخلها النقص على تلك النسبة.

لكنّ الجميع ـ كما ترى ـ لا يخلو من إشكال.

أمّا الدين فلا يرد فيه شيء من ذلك بناءً على المختار من كون الجميع ملك الورثة. وربّما نلتزم مثله في نحو هذه الوصيّة وإن اخترنا كونها على حكم مال الميّت لو أوصى بالحصّة المشاعة على الوجه الذي عرفت.

---

(١) تقدّم في ج ٢٣ ص ٦٧٣ ـ ٦٧٤، وج ٢٤ ص ٤١٤ ـ ٤١٥.

(٢) وسائل الشيعة: باب ١٩ من أبواب عقد البيع ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٥.

فتأمّل جيّداً، فإنّه قلّ من تعرّض للوصيّة، والذي تعرّض لها جعل حكمها حكم الدين اغتراراً بظاهر الآية، وقد عرفت تحقيق ج ٢٦ / ٨٩ الحال في ذلك.

وكيف كان، فقد ظهر لك ممّا ذكرنا: حكم ما لو لم يكن الدين مستغرقاً؛ إذ على ما قلناه لا فرق بينهما في الانتقال إلى الوارث، أمّا على القول الأوّل فقد صرّح بعضهم: بأنّ حكم المقابل حكم المستوعب في البقاء على ملك الميّت وأمّا الفاضل فهو ملك الورثة[١]، وقد سمعت[٢] حكاية بعضهم الإجماع عليه.

ومن الغريب ما عن الفاضل في إرث القواعد من أنّ «التركة مع الاستيعاب للورثة، وأمّا إذا لم يكن مستوعباً فما قابل الدين على حكم مال الميّت»[٣]. ولم يحضرنا الآن ما يشهد له من آية أو رواية أو اعتبار.

والأمر سهل بعد وضوح الحال لديك، كوضوح الثمرات المترتّبة على هذا الخلاف، التي منها: أنّه لا إشكال في تعلّق الدين بالنماء بناءً على بقائها على حكم مال الميّت، أمّا على الانتقال إلى الوارث فالمتّجه عدمه؛ للأصل.

ودعوى: تبعيّة النماء للمال في التعلّق أيضاً ممنوعة، وقد سمعت

---

(١) الدروس الشرعيّة: الميراث / درس ١٨٣ ج ٢ ص ٣٥٢.

(٢) في ص ١٦٥.

(٣) قواعد الأحكام: الفرائض / خاتمة موانع الإرث ج ٣ ص ٣٥٤.

في باب الرهن منعها، على أنّك ستعرف أنّ التعلّق هنا ليس كتعلّق الرهن، فنقول:

إنّ تعلّق الدين بالتركة هل هو تعلّق رهن حتّى لا يجوز للورثة التصرّف كما هو المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً. أو أرش جناية فيجوز كما عن السيّد الرضي[1]، بل هو ظاهر قواعد الفاضل في باب الرهن[2]. أو تعلّقاً مستقلاًّ[3] كما هو خيرة جامع المقاصد[4] والمحكي عن الفخر[5]؟

والظاهر أنّ هذا البحث يأتي على القولين، إلّا أنّ ثمرته في المستوعب على الأوّل نادرة؛ ضرورة عدم جواز تصرّف الوارث بعد أن لم يكن مالكاً على كلّ حال.

نعم، قد تظهر ثمرته في الوصي باعتبار تصرّفه في التركة لقضاء الدين، فإنّه لا يجوز على الأوّل من دون إذنهم كالرهن، وعلى الثاني يجوز كالثالث في احتمال. ولو قيل: بأنّ الكلّ متّفقون على جواز التصرّف للدين من دون إذن الغرماء ـ وإنّما مراد القائل بتعلّق الرهانة بالنسبة إلى نفوذ تصرّف الوارث ـ سقطت الثمرة من هذه الجهة.

---

(١) نقله عنه الشهيد في حواشيه على ما حكاه في مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٣٤.

(٢) قواعد الأحكام: الرهن / في المحل ج ٢ ص ١١٢.

(٣) الأولى: «تعلّق مستقلّ».

(٤) جامع المقاصد: الحجر / في المريض ج ٥ ص ٢١٧.

(٥) إيضاح الفوائد: الحجر / في المريض ج ٢ ص ٦٢.

وكيف كان ، فالتحقيق أنّه تعلّق مستقلّ لا يدخل في أحد التعلّقين ؛ ضرورة خروجه عن موضوعهما فلا يشمله دليلهما ، والشبه بكلّ منهما من جهة يقتضي خروجه عنهما ، وكثرة وجه الشبه بأحدهما لا تقتضي لحوق أحكامه . ↑

ولعلّ مراد الأصحاب في هذا الخلاف : أنّ الدليل ـ ولو الأصل ـ يقتضي كون التعلّق تعلّق الرهانة في الأحكام أو الأرش ، وإلّا فمعلوم خروجه عن موضوعهما وأنّ الشبه في الجملة لا يثبت جميع الأحكام . ج ٢٦ / ٩٠

وعلى كلّ حال ، فقد جزم المحقّق الثاني[1] والفخر[2] والشهيد في المحكي عنهما[3] بخروجه عنهما ، نعم قال الأوّل : «يحتمل المنع من التصرّف بالعتق والبيع ونحوهما ؛ لمنافاته حكمة التعلّق[4] ، لاقتضاء نفوذ التصرّف ضياع الدين ، ولصيرورة العين به كالمال المشترك . ويحتمل العدم ؛ للأصل بل الأُصول . ولا منافاة بعد ثبوت التسلّط لذي الحقّ على الفسخ إن لم يدفع له ، ففي الصحّة حينئذٍ جمع بين الحقّين ، وتحتّم الأداء على الوارث حكمة التعلّق ، كما أنّ سلطنة الغريم على الفسخ تنفي الضياع» . ومن هنا قال : «التحقيق أنّ القول بالنفوذ أقوى»[5] .

(١ و٢) تقدّما في الصفحة السابقة.

(٣) نقل حكايته في مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٣٥.

(٤) في المصدر بعدها إضافة: و.

(٥) جامع المقاصد: الحجر / في المريض ج ٥ ص ٢١٧ (بتصرّف شديد وتقديم وتأخير).

قلت: هو كذلك، لكن لا ثمرة ظاهرة غالباً حينئذٍ بينه وبين القول بتعلّقه تعلّق الأرش.

وعلى كلّ حال، فهل يشترط في تعلّق الدين بمجموع التركة استغراق الدين إيّاها أو أزيد، فلو كان أنقص لم يتعلّق إلّا بقدره؛ لأنّ الحجر إنّما وقع لأجل الدين، فيختصّ بقدره.

أم لا يشترط؛ لأنّه لا أولويّة لبعض على بعض في اختصاص التعلّق به، ولأنّ الأداء لا يقطع بكونه بذلك البعض؛ لجواز التلف، ولظاهر الآية[1] بناءً على أنّها لتعلّق الملك أو جواز التصرّف، وصحيح عبّاد المتقدّم[2]، بل وصحيح سليمان[3]، ولأنّ الميّت لمّا خرج بالموت عن صلاحيّة استقرار الدين في ذمّته وجب أن يتعلّق بكلّ ما يمكن أداؤه من أمواله؛ لأنّ حدوث تعلّقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم انتفاؤه؟

إشكال، أقربه الأوّل في القواعد[4] والمحكي عن حواشي الشهيد[5] وجامع الشرائع[6] والمسالك[7] والكفاية[8]. والأصحّ الثاني في جامع

---

(١) سورة النساء: الآية ١٢.

(٢ و٣) تقدّما في ص ١٦٦ ـ ١٦٧.

(٤) قواعد الأحكام: الحجر / في المريض ج ٢ ص ١٤١.

(٥) نقله عنها في مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٣٦.

(٦) الجامع للشرائع: باب الدين ص ٢٨٦.

(٧) مسالك الأفهام: الفرائض / لواحق أسباب المنع ج ١٣ ص ٦٢.

(٨) كفاية الأحكام: المواريث / تعديد موانع الإرث ج ٢ ص ٨٠٧.

المقاصد[١]، وهو المحكي عن ميراث القواعد[٢] وحجر الإيضاح[٣] ورهنه[٤] وإرث الدروس[٥] وإيضاح النافع[٦] وظاهر المبسوط[٧].

وقد يؤيّد الأوّل: ـ مضافاً إلى السيرة، وإلى استبعاد الحجر على ج ٢٦ / ٩١
مال كثير بدين يسير، بل لا يخلو من ضرر وحرج ـ الحسن أو الصحيح أنّه «سئل عن رجل يموت ويترك عيالاً وعليه دين، أينفق عليهم من ماله؟ قال: إن استيقن أنّ الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم، وإن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال»[٨]، ونحوه خبر عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبي الحسن عليه السلام[٩]؛ إذ هما وإن كانا في التصرّف الإتلافي ـ الذي يمكن أن يمنعه أيضاً القائل بتعلّق الأرش أو التعلّق المستقلّ، وإن جوّز غيره ممّا ليس فيه إتلاف للعين ـ لكن دالّ على غيره بطريق أولى.

مع إمكان المناقشة في أدلّة الثاني: بأنّه لا أولويّة بعد أن كان التعلّق

---

(١) جامع المقاصد: الحجر / في المريض ج ٥ ص ٢١٨.

(٢) قواعد الأحكام: الفرائض / خاتمة موانع الإرث ج ٣ ص ٣٥٤.

(٣) إيضاح الفوائد: الرهن / في المحل ج ٢ ص ١٨.

(٤) إيضاح الفوائد: الحجر / في المريض ج ٢ ص ٦٢ ـ ٦٣.

(٥) الدروس الشرعيّة: الميراث / درس ١٨٣ ج ٢ ص ٣٥٢.

(٦) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦.

(٧) المبسوط: استفيد من تعليله في كتاب الرهن ج ٢ ص ٢٤٩.

(٨) الكافي: الوصايا / باب الرجل يترك الشيء ح ١ ج ٧ ص ٤٣. تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٥ الإقرار في المرض ح ١٨ ج ٩ ص ١٦٤. وسائل الشيعة: باب ٢٩ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٣٢.

(٩) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢، و«التهذيب»: ح ١٩ ص ١٦٥، و«الوسائل»: ح ٢.

بالمقابل الكلّي، والآية قد عرفت المراد منها، والصحيح كما أنّه محتمل لتعليق جواز التصرّف محتمل لاستقرار الملك، وأولى منه بذلك صحيح سليمان، ولا حدوث للتعلّق بعد تلف المعزول له، بل هو انكشاف لكون التعلّق بالذي تصرّف فيه الوارث.

ومنه يظهر الوجه في تسلّط الغريم على الفسخ لو فرض تصرّف الوارث ولم يؤدّ الدين، وضمانه لو كان قد أتلفه. واحتمال عدم جواز الفسخ ـ للإذن في التصرّف الذي وقع حال عدم تعلّق الدين ـ في غاية الضعف كتعليله.

فبان لك حينئذٍ من ذلك كلّه: قوّة القول بالتفصيل بين المستوعب وغيره، الذي تظهر ثمرته على تقدير كون التعلّق تعلّق رهانة أو مستقلّاً يمنع من التصرّف، أمّا إذا قلنا بعدم منعه حتّى في المقابل فلا ثمرة له ظاهرة غالباً.

كما أنّه بان لك ممّا ذكرناه: عدم الفرق في جواز التصرّف ـ عند القائل بأنّه تعلّق أرش أو مستقلّ ـ بين الاستيعاب وغيره، كما هو مقتضى ما سمعته من الأدلّة.

لكن عن قضاء الإيضاح[1] والمسالك[2] وظاهر قضاء دين الميّت من السرائر[3] الإجماع على عدم جواز التصرّف مع الاستيعاب وأنّ

(١) إيضاح الفوائد: القضاء / في الحالف ج ٤ ص ٣٤٢.
(٢) مسالك الأفهام: القضاء / كيفيّة الاستحلاف ج ١٣ ص ٥٠٥.
(٣) السرائر: الديون / قضاء الدين عن الميّت ج ٢ ص ٤٧.

الإشكال في غير المستوعب .

قال في الأوّل : «أجمع الكلّ على أنّه إذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرّف فيها إلّا بعد قضاء الدين أو إذن الغرماء» ونحوه عن الثاني أيضاً ، بل في مفتاح الكرامة : «أنّه كذلك يشهد له التتبّع»[1]. ج ٢٦ / ٩٢

قلت : بل التتبّع شاهد بخلافه كما لا يخفى على من لاحظ القواعد[2] وجامع المقاصد[3] في باب الحجر ، مضافاً إلى عدم اقتضاء الأدلّة الفرق بين المستوعب والمقابل للدين من غيره ، نعم في الزائد ما سمعته من البحث السابق ، فلاحظ وتأمّل .

ولو كان على الميّت عهدة ـ كما لو كان قد حفر بئراً في طريق المسلمين عدواناً فتردّى فيه بعد موته ، أو كان قد سرت جنايته كذلك ولم نقل بالكشف بها عن شغل ذمّته قبل الموت ، أو ردّ مبيعه بالعيب بعد أن أتلف هو الثمن مثلاً ـ فـ :

إن لم يكن قد تصرّف الوارث بالتركة وجب الأداء منها بلا خلاف أجده فيه ، كما أنّه لا أجده أيضاً في انتقال التركة هنا إلى ملك الوارث قبل حدوث الضمان وإن كان السبب متقدّماً ؛ ضرورة عدم اقتضاء تقدّمه بقاء التركة على حكم ماله ، لعدم تحقّق الدين حينئذٍ .

اللّهمّ إلّا أن يدّعى الكشف ، ولا دليل عليه ؛ إذ وجوب الأداء منها

(١) مفتاح الكرامة: الرهن / في المحل ج ١٥ ص ٣٣٣.
(٢ و٣) تقدّم التخريج آنفاً.

أعمّ من ذلك، بل ينبغي الجزم به بناءً على المختار من انتقالها إلى الوارث مع الدين المحقّق فعلاً، فضلاً عمّا نحن فيه.

وإن كان قد تصرّف فيها الوارث ببيع ونحوه، ففي القواعد: «احتمل فساد التصرّف؛ لتقدّم سبب الدين فأشبه الدين المقارن، وعدمه، فإن أدّى الوارث الدين وإلّا فسخ التصرّف»[1].

وكأنّه بنى الأوّل على كون التعلّق تعلّق رهانة، وقد عرفت ما فيه سابقاً.

مع أنّه لو سلّم في الدين المقارن أمكن منعه هنا للأصل، وتقدّم السبب لا يقتضي تقدّم المسبّب، وأقصى العهدة تعلّق الدين الحادث بالتركة لا منع الوارث من التصرّف، ودعوى حدوث البطلان بحدوثه محتاجة إلى دليل.

فلا ريب أنّ الأصحّ الاحتمال الثاني على هذا التقدير، فضلاً عن المختار.

بل إن لم يقم إجماع على تسلّطه على الفسخ إن لم يؤدّ الدين الوارث أمكن منعه للأصل، ولكن يقوى حينئذٍ تعلّق الدين بالعوض؛ لكونه بدل المال ذي العهدة.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّها كالدين في التسلّط على الخيار الذي منشؤه فيهما تضرّر الغريم وأنّ له حقّاً في الجملة، ومنه حينئذٍ يتوجّه ضمان

(١) قواعد الأحكام: الحجر / في المريض ج ٢ ص ١٤١.

الوارث لو فرض أنّ تصرّفه كان بإتلاف للمال من غير معاوضة، كأن يكون طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه أو وهبه مجّاناً ... أو نحو ذلك، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

ج ٢٦ / ٩٣

«الفصل الثاني»
«في أحكام الحجر»

«وفيه مسائل»:

«الأُولى»

قد تقدّم سابقاً أنّه لا خلاف معتدّ به في أنّه «لا يثبت حجر المفلّس إلّا بحكم الحاكم» وإنّما الخلاف في توقّف رفعه على حكم الحاكم على ما عرفت.

«وهل يثبت» الحجر «في السفيه بظهور سفهه؟ فيه تردّد» وخلاف «والوجه» عند المصنّف «أنّه لا يثبت وكذا لا يزول إلّا بحكمه» وفاقاً للفاضل[١] ومحكيّ المبسوط[٢] وشرح الإرشاد للفخر[٣] وظاهر الغنية[٤]. قيل: «وكأنّه مال إليه في غاية المراد»[٥]، بل عن تعليق الإرشاد للكركي: «المشهور توقّف الحجر على حكم الحاكم،

(١) قواعد الأحكام: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٢ ص ١٣٧.
(٢) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.
(٣) شرح الإرشاد: الحجر / في الأحكام ص ٥٥ (مخطوط).
(٤) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥٢.
(٥) مفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٣٤ ـ ١٣٥.

فيقوى حينئذٍ توقّف إزالته عليه»[١]. وإن كان هو كما ترى.

للأصل بمعانيه الثلاثة في توقّف الثبوت عليه، وبمعنى الاستصحاب في الزوال.

مؤيّدةً: بأنّ موضوع السفه اجتهادي؛ لوقوع الاختلاف في بعض ما يعدّ فعله سفهاً. وبالعسر والحرج؛ إذ أكثر الناس سفهاء، سيّما مع اعتبار العدالة وإصلاح المال والاكتساب وتحصيل المعدوم في الرشد.

لكن فيه: أنّ الأصل يقطعه ظاهر قوله تعالى: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً»[٢] بناءً على أنّ المراد عدم تمكين السفهاء من أموالهم كما عن أكثر المفسّرين[٣]؛ بقرينة: «وارزقوهم...» إلى آخره؛ للإجماع على عدم وجوب الإنفاق على السفيه من غير ماله. والحمل على من وجبت نفقته منهم ولا مال له كما ترى.

بل يشعر بذلك أيضاً قوله: «وقولوا لهم قولاً معروفاً» بناءً على أنّ المراد منه الكلام الجميل والوعد بمالهم إذا رشدوا وتعليم حفظ المال وصيانته... ونحو ذلك، بل وما بعد الآية، بل قيل: وما قبلها[٤].

ولا ينافي ذلك الإضافة إلى ضمير المخاطب؛ باعتبار رجوعها إلى

(١) حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٤٣٤.

(٢) سورة النساء: الآية ٥.

(٣) مجمع البيان: ذيل الآية ٥ من سورة النساء ج ٣ ص ١٤. تفسير البيضاوي: ذيل نفس الآية ج ١ ص ٣٢٢. تفسير الكشّاف: ذيل نفس الآية ج ١ ص ٤٧١.

(٤) انظر «تفسير البيضاوي» في الهامش السابق.

ج ٢٦ / ٩٤

الأولياء بالإرث، أو باعتبار كونهم قوّامين ومتصرّفين بها كالملّاك، أو باعتبار الإشارة إلى حفظها كحفظ أموالكم، أو باعتبار أنّها من جنس أموالهم التي بها قوام الكلّ ـ كما في قوله تعالى: «ولا تقتلوا أنفسكم»[1]، و «فممّا ملكت أيمانكم من فتياتكم»[2]، فإنّ المراد: عدم قتل البعض بعضاً وجنس ما ملكت وجنس الفتيات، لا نفس المخاطب وما ملكت يمينه وفتياته ـ أو غير ذلك ممّا يكفي في الإضافة التي كثر استعمالها لأدنى ملابسة.

وما في الصافي: «العيّاشي عن الصادق عليه السلام: هم اليتامى لا تعطوهم أموالهم حتّى تعرفوا منهم الرشد، قيل: فكيف يكون أموالهم أموالنا؟ فقال: إذا كنت أنت الوارث لهم»[3] يمكن عدم إرادة الحصر منه، خصوصاً بعد:

استفادة حكم خصوص اليتامى من الآية التي بعدها.

بل روى عنه عليه السلام في هذه الآية أنّه قال: «من لا تثق به»[4].

وفي رواية: «كلّ من يشرب الخمر فهو سفيه»[5].

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٥.

(٣) تفسير الصافي: ذيل الآية ٥ من سورة النساء ج ١ ص ٣٩٠، تفسير العيّاشي: تفسير سورة النساء ح ٢٣ ج ١ ص ٢٢٠، وسائل الشيعة: باب ٤٥ من كتاب الوصايا ح ١٠ ج ١٩ ص ٣٦٩.

(٤) انظر «الصافي» في الهامش السابق، و«العيّاشي»: ح ٢٠، و«الوسائل»: ح ٩.

(٥) انظر «الصافي» في الهامش قبل السابق، و«العيّاشي»: ح ٢٢، و«الوسائل»: ح ٨ ص ٣٦٨.

وعن الباقر عليه السلام أنّه سئل عن هذه الآية؟ فقال: «لا تؤتوها شرّاب الخمر ولا النساء، ثمّ قال: وأيّ سفيه أسفه من شارب الخمر؟!»[١].

ولفظ «الإيتاء» وإن كان ظاهراً في سبق الاستيلاء على المال، إلّا أنّه يمكن إرادة عدم التمكين منه، على أنّه ـ بعد التسليم ـ يمكن دلالتها على المطلوب بناءً على ما تسمعه في مفهوم آية الابتلاء.

نعم، في الصافي أيضاً عن القمّي عنه عليه السلام ـ أيضاً ـ أنّه قال: «السفهاء النساء والولد، إذا علم الرجل أنّ امرأته سفيهة مفسدة وولده سفيه مفسد لا ينبغي له أن يسلّط واحداً منهما على ماله الذي جعله الله له قياماً يقوم به و[٢] معاشاً، قال: (وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً)»[٣]. ↑ ج ٢٦ / ٩٥

ولكنّك خبير أنّه لا يجوز الخروج عن ظاهر الآية بمثل هذا المرسل، الذي يمكن عدم منافاته للمعنى المراد من الآية أيضاً، فلا ريب حينئذٍ في استفادة المطلوب من ظاهر الآية؛ ضرورة إطلاق النهي فيها من دون تعرّض للحاكم.

بل قد يستفاد من مفهوم قوله تعالى أيضاً: «فإن آنستم منهم

---

(١) من لايحضره الفقيه: الوصيّة / باب كراهيّة الوصيّة إلى المرأة ح ٥٥٣٤ ج ٤ ص ٢٢٦. وسائل الشيعة: باب ٥٣ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٣٧٩.

(٢) في المصدر بدل «يقوم به و»: يقول.

(٣) تفسير الصافي: ذيل الآية ٥ من سورة النساء ج ١ ص ٣٩٠ ـ ٣٩١. تفسير القمّي: ذيل نفس الآية ج ١ ص ١٣١. وأورد أكثره في مستدرك الوسائل: باب ١١ من أبواب عقد البيع ح ٥ ج ١٣ ص ٢٤١.

رشداً فادفعوا إليهم أموالهم»[1]، كاستفادة عدم توقّف زواله على حكم الحاكم.

ودعوى [2]: خروجها عن محلّ النزاع؛ للإجماع على عدم اعتبار الحاكم في الإثبات والإزالة بالنسبة إلى السفه المتّصل بعد البلوغ، وخصوصاً الزوال؛ إذ لو توقّف عليه لطلب الناس عند بلوغهم فكّ الحجر عليه من الحاكم ولكان عندهم من أهمّ الأشياء، فالسيرة القطعيّة شاهدة على ذلك. وعن المبسوط: «وأمّا حجر الصبي فإنّه يزول ببلوغه ولا يحتاج إلى حكم حاكم، وفي الناس من قال: لابدّ فيه من حكم الحاكم، وهو خلاف الإجماع»[3].

يدفعها أوّلاً: ما عن نكاح التذكرة: من ظهور عموم النزاع[4]، مؤيّداً بإطلاق كثير منهم هنا[5].

وثانياً: القطع بعدم الفرق؛ ضرورة عدم مدخليّة الاتّصال بالصغر المنقطع بالبلوغ، إذ هو سبب جديد غير الأوّل، فإن كان لا يمنع من التصرّف بالمال إلّا بحكم الحاكم وجب اعتباره في منع المالك منه،

---

(١) سورة النساء: الآية ٦.

(٢) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢١٨، ومفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٣٣ و ١٣٦.

(٣) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: النكاح / أسباب الولاية ج ٢ ص ٥٩٢ (الطبعة الحجرية).

(٥) الجامع للشرائع: باب الحجر ص ٣٥٩، إرشاد الأذهان: الحجر / في الأحكام ج ١ ص ٣٩٧، مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٥٨ ـ ١٥٩، رياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٥٢.

وكذا الزوال، والاتّصال غير مجدٍ.

بل وكذا يستفاد المطلوب من قوله تعالى: «فإن كان الذي عليه الحقّ سفيهاً...»[١] إلى آخره؛ حيث أثبت الولاية بمجرّد السفه.

وإلى ما ذكرنا يرجع الاستدلال[٢] بـ:

أنّ العلّة السفه كما يشعر به تعليق الحكم عليه، فوجوده يستلزم وجود المعلول، وعدمها[٣] يستلزم عدمه.

وبأنّه إن جاز التصرّف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطاً، وهو باطل بالآية.

وبأنّ اشتراط جواز التصرّف بالرشد يقضي بأنّ زوال الشرط يستلزم زوال المشروط.

كما أنّ منه يظهر الاستدلال أيضاً بالإجماع السابق، بل وبإطلاق ↑ ج ٢٦ / ٩٦
النصوص التي هي نحو آية الابتلاء[٤].

والتأييد الأوّل واضح الدفع؛ ضرورة كون الكلام في الحجر بعد ثبوت السفه، لا في موضوع السفه.

وأمّا التأييد الثاني فيدفعه: منع كون أكثر الناس سفهاء، على أنّه

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٢) ذكرت هذه الاستدلالات في مسالك الأفهام: (انظره في الهامش قبل السابق)، ومجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٢٢ ...، ومفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٣٦.

(٣) الأولى ـ بحسب السياق ـ التعبير بـ«وعدمه».

(٤) سورة النساء: الآية ٦.

مشترك الإلزام ؛ ضرورة وجوب التحجير حينئذٍ على الحاكم من باب الحسبة ، وخصوصاً إذا كان هو الولي . وقد تقدّم في موضوع السفه ما يفيدك حقيقة الحال ، فلاحظ وتأمّل .

ومن ذلك كلّه يظهر : قوّة القول بعدم توقّفه ثبوتاً وزوالاً على حكم الحاكم ، وفاقاً لجامع المقاصد[١] والروضة[٢] والمسالك[٣] والكفاية[٤] والمفاتيح[٥] والرياض[٦] على ما حكي عن بعضها .

بل هو خيرة اللمعة[٧] أيضاً بالنسبة إلى الثبوت دون الزوال فأوقفه على حكم الحاكم ؛ للأصل المقطوع بما عرفت ، ولاحتياج معرفته إلى الاجتهاد الذي قد سمعت ما فيه ، مضافاً إلى انتقاضه في الثبوت .

ومنه يظهر : ضعف القول الرابع الذي هو عكس ذلك ، وقد اعترف جماعة بعدم معرفة قائله[٨] ، وربّما استظهر[٩] من غاية المراد للشهيد .

---

(١) جامع المقاصد: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٥ ص ١٩٦.

(٢) الروضة البهيّة: كتاب الحجر ج ٤ ص ١٠٧.

(٣) مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٥٩.

(٤) كفاية الأحكام: كتاب الحجر ج ١ ص ٥٨٧.

(٥) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٨٢ ج ٣ ص ١٨٦.

(٦) رياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٥٢.

(٧) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الحجر ص ١٤٢.

(٨) مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٥٩. رياض المسائل: (انظر الهامش قبل السابق).

(٩) نقل العاملي هذا الاستظهار عن جامع المقاصد ثمّ قال: «ولم يكن هذا الظهور من الكتاب المذكور بمكانة منه»، والموجود في جامع المقاصد: «ويظهر من كلام الشهيد في شرح الإرشاد وجوده قولاً» انظر غاية المراد: الحجر / في أحكامه ج ٢ ص ٢٠٢ ـ ٢٠٣، ←

نعم عن التحرير : أنّه جزم باحتياجه إلى حكم الحاكم في الثبوت وتوقّف في الزوال[١]، عكس ما عن الإرشاد[٢].

وعلى كلّ حال ففيه ما لا يخفى ، مع أنّ ما قيل في وجهه من أنّ «حكم الحاكم كان مشروطاً بوجوده ، فلمّا عدم السفه امتنع ثبوت الحجر ؛ إذ يمتنع بقاؤه من دون الشرط ، خصوصاً على القول بأنّ البقاء يحتاج إلى علّة وأنّ علّة البقاء علّة الحدوث»[٣] موافق للمختار ، إنّما الكلام في توقّف ثبوته على حكم الحاكم ، وليس إلّا ما عرفت سابقاً ممّا هو واضح الضعف ، والله أعلم .

﴿المسألة الثانية﴾

﴿إذا حجر عليه﴾ الحاكم ﴿فبايعه إنسان كان البيع باطلاً﴾ مع عدم إجازة الولي لا معها ؛ لما عرفت سابقاً ، سواء كان بعين ماله أو في الذمّة ، رضي البائع بالانتظار إلى احتمال فكّ الحجر أو لا ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك .

بل عن الأردبيلي أنّه «يمكن تحريم أصل المعاملة معه ومجرّد إيقاع صورة البيع والشراء معه»[٤]. وإن كان فيه منع واضح .

← وجامع المقاصد: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٥ ص ١٩٦، ومفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٣٨.

(١) تحرير الأحكام: الحجر / في أحكامه ج ٢ ص ٥٣٨.

(٢) إرشاد الأذهان: الحجر / في الأحكام ج ١ ص ٣٩٧.

(٣) مفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٣٨.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٢٨.

وحينئذٍ ﴿فإن كان المبيع موجوداً استعاده البائع﴾ عالماً كان أو جاهلاً بالحكم أو الموضوع، أذن بالقبض أو لا، بلا خلاف أجده ↑ ولا إشكال؛ ضرورة بقاء المال حينئذٍ على ملكه فله انتزاعه، واحتمال ج ٢٦ / ٩٧ صيرورته هبةً في بعض أفراد المسألة كما ترى.

﴿وإن تلف و﴾ قد ﴿قبضه بإذن صاحبه﴾ العالم بموضوعه وحكمه ﴿كان تالفاً﴾ من مال مالكه ﴿وإن فكّ حجره﴾ بعد التلف؛ لأصالة البراءة بعد أن كان هو المسلِّط له على ذلك وهو المسقط لحرمة ماله، فلا يشمله شيء من أدلّة الضمان.

لكنّ الإنصاف: أنّه إن لم يثبت الإجماع عليه ـ كما هو الظاهر من بعضهم[1] حيث أرسلوه إرسال المسلّمات وادّعوا ظهوره ووضوحه بحيث لا يحتاج إلى بيان ـ لا يخلو من إشكال يظهر ممّا ذكروه في قاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[2] مع العلم بالفساد من أنّه لا يقتضي سقوط الضمان بعد أن كان الإذن حاصلة في ضمن البيع، فهي في الحقيقة مشروطة بصحّة البيع المفروض انتفاؤها، فتنتفي حينئذٍ الإذن ويكون كفاقد الإذن في شمول أدلّة الضمان له، وهو بعينه جارٍ في المقام.

وقياس السفيه على المجنون ـ الذي لا يعقل معه الخطاب

---

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٥٩.

(٢) انظر إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٧، وجامع المقاصد: ج ٥ ص ١٣٢، ومسالك الأفهام: ج ٣ ص ١٥٤، ومجمع الفائدة والبرهان: ج ٨ ص ١٩٢.

المشروط ـ واضح الفساد؛ ضرورة كون السفيه مكلّفاً قابلاً للخطاب وإن حجر عليه في التصرّف في المال.

وأغرب من ذلك: ما عساه يظهر من إطلاق المصنّف وغيره[١] من عدم الضمان مع الجهل أيضاً، بل هو صريح القواعد[٢] ومحكيّ المبسوط[٣] والتحرير[٤] والتذكرة[٥] وجامع المقاصد[٦] والكفاية[٧]، ولعلّه ظاهر المسالك أيضاً قال: «ووجهه: أنّ البائع قصّر في معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بأنّ العوض المبذول منه ثابت أم لا، فهو مضيّع لماله»[٨].

وفيه: منع كون ذلك مسقطاً لحرمة المال مع عموم أدلّة الضمان، وقد يفرض عدم التقصير المزبور أيضاً.

ولعلّه من هنا حكى في التذكرة عن بعض الشافعيّة: أنّ السفيه إذا أتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر. ثمّ قال: «ولا بأس به»[٩].

بل خصّ في اللمعة الضياع وعدم الضمان بالمعامل العالم[١٠].

---

(١) إرشاد الأذهان: الحجر / في الأحكام ج ١ ص ٣٩٧.

(٢) قواعد الأحكام: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٢ ص ١٣٨.

(٣) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٥.

(٤) تحرير الأحكام: الحجر / في أحكامه ج ٢ ص ٥٣٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢٢٧.

(٦) جامع المقاصد: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٥ ص ١٩٧.

(٧) كفاية الأحكام: كتاب الحجر ج ١ ص ٥٨٧ ـ ٥٨٨.

(٨) مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٥٩.

(٩) تقدّم المصدر آنفاً.

(١٠) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الحجر ص ١٤٢ ـ ١٤٣.

بل نصّ في الروضة: «لو كان جاهلاً بحاله كان له الرجوع مطلقاً؛ لعدم تقصيره»[١].

بل عن الأردبيلي أنّه تأمّل في صورة العلم أيضاً؛ لأنّه صار سفيهاً أيضاً، إلّا أنّه استظهر عدم الضمان، ثمّ قال: «الذي يختلج في صدري ضمانه مع علمه ـ أي السفيه ـ بعدم صحّة هذا العقد وعدم صحّة التسلّط، إلّا أن يكون المسلّم إليه عالماً وقبّضه إيّاه، فتأمّل»[٢]. ↑ ج ٢٦ / ٩٨

هذا كلّه إذا قبضه بالإذن.

وأمّا إذا كان قد قبضه بغير إذن فالمتّجه فيه الضمان؛ لعموم أدلّته، وعدم صدور غير العقد الفاسد من المالك، وهو لا يقتضي الإذن، فهو حينئذٍ كما لو أتلف ما لم يؤذن له فيه، وهو الظاهر من المصنّف، بل هو صريح غيره.

بل لا أجد فيه خلافاً بيننا وبين غيرنا[٣] سوى ما عن الأردبيلي من أنّ «الظاهر عدم الضمان: لأنّ المالك قد ضيّعه على نفسه بإجراء العقد المسلِّط عرفاً على القبض»[٤].

وفيه ما لا يخفى، خصوصاً بعد أولويّة السفيه في الضمان من الصبي والمجنون اللذين قيل بلزوم الضمان عليهما لو فرضا كذلك.

---

(١) الروضة البهيّة: كتاب الحجر ج ٤ ص ١٠٨.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٢٨.

(٣) نفى الخلاف في مفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٤١.

(٤) المصدر قبل السابق.

وممّا ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو اقترض السفيه وأتلف المال ، وإن صرّح في القواعد أيضاً : بعدم الضمان فيه على كلّ حال[١]. لكن فيه ما تقدّم ، مضافاً إلى ما ذكروه في اقتراض المملوك وإتلافه له على نفسه من دون إذن سيّده : من ضمانه وأنّه يتبع به العتق ؛ إذ السفيه إمّا أولى منه أو مساوٍ له .

ولولا تصريح البعض هنا بعدم الضمان ـ ولو فكّ الحجر ـ لأمكن تنزيل كلامهم على عدم الضمان فعلاً بحيث يؤدّى من ماله .

وعلى كلّ حال ، فالذي ينبغي : مراعاة الضوابط بعد فرض عدم الإجماع في المقام ؛ إذ دون ثبوته على الوجه المثمر خرط القتاد ، فتأمّل جيّداً ، والله أعلم .

﴿و﴾ ممّا ذكرنا يعلم الحال فيما ﴿لو أودعه﴾ إنسان مثلاً ﴿وديعة﴾ مع العلم بحجره ﴿فأتلفها﴾ ولو مباشرةً ، لكن قال المصنّف : ﴿ففيه﴾ أي في ضمانه ﴿تردّد﴾ وخلاف ﴿والوجه: أنّه لا يضمن﴾ كما عن إرشاد الفاضل[٢]:

للأصل .

ولتفريطه بالإيداع بعد نهي الله تعالى عن إيتاء السفيه المال[٣] ، فهو حينئذٍ سبب أقوى من المباشر .

---

(١) قواعد الأحكام: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٢ ص ١٣٨.

(٢) إرشاد الأذهان: الحجر / في الأحكام ج ١ ص ٣٩٧.

(٣) سورة النساء: الآية ٥.

ولأنّ إسماعيل بن الصادق عليه السلام أراد أن يستبضع رجلاً، فنهاه أبو عبدالله عليه السلام عن ذلك؛ لأنّ ذلك الرجل كان يشرب الخمر، فخالف واستبضعه فاستهلك ماله، فحجّ أبو عبدالله عليه السلام وحجّ معه ابنه إسماعيل، فجعل يطوف بالبيت ويقول: «اللّهمّ آجرني واخلف عليَّ،
ج ٢٦/٩٩ فلحقه أبو عبدالله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له: مه يا بنيّ، فلا والله مالك على الله حجّة ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنّه يشرب الخمر فائتمنته ـ إلى أن قال: ـ فإنّ الله (عزّ وجلّ) في كتابه يقول: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)[1]، فأيّ سفيه أسفه من شارب الخمر؟! إنّ شارب الخمر لا يزوّج ولا يؤتمن على أمانة، فمن ائتمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للّذي ائتمنه على الله (عزّ وجلّ) أن يأجره ...»[2].

وفيه: أنّ الأصل مقطوع بأدلّة الضمان؛ كعموم: «من أتلف ...»[3] ونحوه.

والإيداع من مكلّف ـ بعد أن لم يكن فيه إذناً بالإتلاف ـ ليس تفريطاً يسقط معه حرمة المال ويخرج به عن عمومات الضمان، ودعوى قوّة السبب على المباشرة واضحة المنع.

كوضوح عدم دلالة الخبر المزبور الذي لا جابر له. مضافاً: إلى

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الكافي: المعيشة / باب آخر منه في حفظ المال ح ١ ج ٥ ص ٢٩٩، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الوديعة ح ١ ج ١٩ ص ٨٢.

(٣) أرسله بلفظه في العناوين الفقهيّة: عنوان ٥٥ ج ٢ ص ٤٠٢.

اشتماله على مخالفة إسماعيل لوالده، والمعلوم من ورعه خلافه. وإلى نهيه عن الدعاء الذي لا إشكال في جوازه له.

فظهر حينئذٍ قوّة: القول بالضمان، وفاقاً للتذكرة[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣] والروضة[٤] ومجمع البرهان[٥] على ما حكي عن بعضها؛ إذ هو ـ حينئذٍ ـ كالغصب الذي لم أجد خلافاً في ضمانه، بل هو منه؛ ضرورة كون السفيه بالغاً عاقلاً، بل لعلّه أفحش منه.

نعم، لو كانت الوديعة ـ مثلاً ـ من مجنون أو طفل غير مميّز، اتّجه حينئذٍ عدم الضمان بالإتلاف مباشرةً فضلاً عنه بالتفريط، كما عن التذكرة[٦] والتحرير[٧]؛ للأصل بعد الشكّ في تناول عمومات الضمان له؛ باعتبار قوّة السبب على المباشر الذي هو كالحيوان.

فما عن بعضهم: من الضمان مطلقاً[٨]، ضعيف.

بل وما في المسالك: من الفرق بين المباشرة والتفريط؛ لأنّ الضمان بالثاني فرع وجوب الحفظ المعلوم انتفاؤه عنهما، بخلاف

(١) تذكرة الفقهاء: الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢٢٨.

(٢) جامع المقاصد: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٥ ص ١٩٩.

(٣) مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٦٠.

(٤) الروضة البهيّة: كتاب الحجر ج ٤ ص ١٠٨ ـ ١٠٩.

(٥) مجمع الفائدةوالبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٢٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢٢٩.

(٧) تحرير الأحكام: الحجر / في أحكامه ج ٢ ص ٥٣٩.

(٨) استشكل فيه واحتاط بالضمان ثمّ قرب ما في التذكرة في المناهل: الحجر / في السفيه ص ١٠٤ ـ ١٠٥.

الأوّل المبني على سببيّة الإتلاف للضمان، وهي لا فرق فيها بين التكليف وعدمه؛ ولذا ضمنا لو أتلفا بلا إذن من المالك في أصل الاستيلاء بلا خلاف ولا إشكال[1].

لما قد عرفت من قوّة السبب على مثل هذا المباشر، وأنّه كما لو أهمل ماله حتّى أتلفته دابّة الغير.

أمّا إذا كان الصبي مميّزاً فقد يقوى ضمانه بالمباشرة، بل وبالتفريط ـ بناءً على أنّه لا يقصر عنها ـ لمنع قوّة السبب هنا على المباشرة بعد ج ٢٦ / ١٠٠ استمرار السيرة على الاعتماد عليهم في الحفظ. وعدم التكليف لا ينافي الضمان حتّى بالإهمال، ودعوى توقّف صدق التفريط عليه يمكن منعها؛ ولذا يضمن الساهي والغافل والناسي ونحوها، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

المسألة ﴿الثالثة﴾

لا خلاف[2] في أنّه ﴿لو فكّ حجره﴾ بحصول الرشد ﴿ثمّ عاد مبذّراً﴾ وقلنا بتحقّق السفه به ﴿حجر عليه، ولو زال فكّ حجره، ولو عاد عاد الحجر﴾ عليه ﴿وهكذا دائماً﴾ ضرورة اقتضاء وجود العلّة وجود المعلول كنفيها، من غير فرق بين القول بتوقّف حجره على حكم الحاكم وعدمه.

(١) مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٦٠ ـ ١٦١.

(٢) كما في مسالك الأفهام: (المصدر السابق: ص ١٦١).

المسألة ﴿الرابعة﴾

قد أطلق الشيخ(١) فيما حكي عنه هنا وكثير ممّن تأخّر عنه(٢): أنّ ﴿الولاية في مال الطفل والمجنون للأب والجدّ للأب﴾ بل هو معقد ما في المسالك(٣) ومحكيّ الكفاية(٤) من نفي الخلاف فيه، بل هو معقد إجماع التذكرة(٥)، ولا ريب فيه في الجملة، بل عن مجمع البرهان: «كأنّ عليه إجماع الأُمّة»(٦).

مضافاً: إلى النصوص المستفيضة في الأوّل ـ بل ربّما ادّعي تواترها ـ الواردة في النكاح(٧)، المدّعى دلالتها على ما هنا بالأولويّة. وإلى خصوص النصوص الواردة في بحث أموال اليتامى والوصيّة وغيرهما من المباحث الكثيرة كما عن الرياض(٨).

نعم، قد يتوقّف في خصوص من تجدّد جنونه بعد بلوغه ورشده الذي هو أحد أفراد ذلك الإطلاق؛ لانقطاع ولايتهما حينئذٍ عنه،

---

(١) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.
(٢) المختصر النافع: كتاب الحجر ص ١٤١، تبصرة المتعلّمين: الديون / في الحجر ص ١١٥، جامع المقاصد: الحجر / في الصغر ج ٥ ص ١٨٧، الروضة البهيّة: كتاب الحجر ج ٤ ص ١٠٥، مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٨٣ ج ٣ ص ١٨٦.
(٣) مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٦١.
(٤) كفاية الأحكام: كتاب الحجر ج ١ ص ٥٨٨.
(٥) تذكرة الفقهاء: الحجر / المتولّي للتصرّف ج ١٤ ص ٢٤٣.
(٦) مجمع الفائدةوالبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٣١.
(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ٦ من أبواب عقد النكاح ج ٢٠ ص ٢٧٥.
(٨) رياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٥٥.

فيندرج تحت عموم ولاية الحاكم الذي هو نائب الأصل، بل جزم به في المحكي من جامع المقاصد[١] ومجمع البرهان[٢]، بل عن ظاهر الأخير ونكاح المسالك[٣]: أنّه لا خلاف فيه، بل ربّما استظهر[٤] من بعض مواضع نكاح التذكرة: الإجماع عليه، وإن كان المحكي عنها[٥] ـ فيه أيضاً ـ عكس ذلك، كما أنّ المحكي عن إيضاح النافع: أنّ المشهور في باب النكاح عدم الفرق[٦]، وعن غيره العكس أيضاً[٧].

وعلى كلّ حال، فلا ريب في قوّة رجوع أمره إلى الحاكم إذا لم يكن في النصوص إطلاق يعتمد عليه ـ فإنّها لم تحضرنا جميعاً الآن ـ والأحوط توافقهما معاً. ↑ ج ٢٦ / ١٠١

وقد يتوقّف أيضاً في ولايتهما مع فسقهما أيضاً ـ خصوصاً إذا كان يظنّ معه أو يقطع بالإضرار ـ وإن كان مقتضى الإطلاق ذلك، بل عن نكاح التذكرة: الإجماع على الولاية مع الفسق[٨].

(١) جامع المقاصد: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٥ ص ١٩٤.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٣١.

(٣) الموجود في المسالك والمنقول عنه ليس «عدم الخلاف» بل مجرّد كون الولاية للحاكم مع تجدّد الجنون بعد البلوغ، بل صرّح في موضع بوقوع الخلاف. انظر مسالك الأفهام: النكاح / في أولياء العقد ج ٧ ص ١٤٤ و١٤٧.

(٤) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٧٨. وانظر تذكرة الفقهاء: النكاح / أسباب الولاية ج ٢ ص ٥٨٦ (الطبعة الحجرية).

(٥) انظر «التذكرة» في الهامش السابق: ص ٥٩٢.

(٦) نقله عنه في مفتاح الكرامة: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٧) الحدائق الناضرة: النكاح / في الأولياء للعقد ج ٢٣ ص ٢٣٥.

(٨) تذكرة الفقهاء: النكاح / أسباب انتفاء الولاية ج ٢ ص ٥٩٩ (الطبعة الحجرية).

نعم، عن الفاضل: أنّه تردّد في ذلك في وصايا القواعد[١]، بل عن الوسيلة: اشتراط العدالة[٢]، والإيضاح: «الأصحّ أنّه لا ولاية للأب والجدّ ما دام فاسقاً؛ لأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً تقبل إقراراته وإخباراته على غيره، مع نصّ القرآن على خلافه»[٣].

ولعلّ التحقيق عدم اشتراط العدالة؛ للأصل والإطلاق، ولكن متى ظهر للحاكم ـ ولو بقرائن الأحوال ـ الضرر منهما عليهما عزلهما ومنعهما من التصرّف حسبةً، وإن علم عدمه أقرّهما، وإن لم يعلم حالهما فربّما قيل[٤] بالاجتهاد في حالهما فيتّبع سلوكهما وشواهد أحوالهما. ويمكن عدم اعتبار ذلك عملاً بالإطلاق، بل لعلّه الأقوى.

وأمّا ما يظهر من المصنّف وغيره[٥] من اشتراكهما في الولاية ـ على معنى نفوذ تصرّف السابق ـ على كلّ حال فلا أجد فيه خلافاً، بل عن ظاهر نكاح المسالك: الإجماع عليه[٦]؛ لأنّه مقتضى ثبوت الولاية لكلّ منهما.

بل مقتضاه أيضاً البطلان لو اقترنا؛ لعدم الترجيح، كما هو ثالث

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٤.
(٢) الوسيلة: بيان التصرّف في مال اليتيم ص ٢٧٩.
(٣) إيضاح الفوائد: الوصايا / الفصل الرابع ج ٢ ص ٦٢٨.
(٤) كما في جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٧٦.
(٥) كالعلّامة في الإرشاد: الحجر / في الأحكام ج ١ ص ٣٩٧.
(٦) مسالك الأفهام: النكاح / في أولياء العقد ج ٧ ص ١٦٩.

الأقوال في المسألة.

وقد قيل[١] بترجيح الجدّ؛ لثبوت ولايته على الأب في بعض الأحوال، وللنصوص المستفيضة في باب النكاح[٢]، والإجماعات المحكيّة[٣]، فيثبت في المقام بالأولويّة؛ ولعلّه لذا قال الكركي في المحكي من تعليقه على الإرشاد ـ بعد أن اعترف بعدم تصريح للأصحاب هنا بذلك ـ: «كلامهم في باب الأنكحة يقتضيه»[٤] مشيراً إلى الأولويّة المزبورة.

وقيل[٥] بتقديم ولاية الأب؛ لشدّة اتّصاله، وكون ولاية الجدّ بواسطته.

والجميع كما ترى حتّى الأولويّة المزبورة بناءً على عدم حجّيّة كلّ ظنّ للمجتهد. ودعوى حصول القطع أو دليل معتبر عليها ـ من إجماع ونحوه ـ يمكن منعها، بل إطلاق كلامهم في المقام يقتضي ما ذكرنا، فتأمّل جيّداً.

وكيف كان، ففي تعدّي الحكم إلى أب الجدّ وجدّ الجدّ وإن علا مع الأب نظر، ولعلّ إطلاق القائل يقتضيه، نعم قد يتوقّف في تقديمه على

---

(١) كما في تذكرة الفقهاء: الحجر / المتولّي للتصرّف ج ١٤ ص ٢٤٤، ورياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٥٦، ومفتاح الكرامة: الحجر / في الصغر ج ١٦ ص ٨٠.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١١ من أبواب عقد النكاح ج ٢٠ ص ٢٨٩.

(٣) انظر «الرياض» و«المفتاح» في الهامش قبل السابق.

(٤) حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٣٣٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥١٠ (الطبعة الحجرية).

ج ٢٦ / ١٠٢

من هو أدنى منه ؛ لعدم انسياقه من الأب ، فتأمّل جيّداً .

وعلى كلّ حال ﴿فإن لم يكونا فللوصيّ، فإن لم يكن فللحاكم﴾ أي الثقة المأمون الجامع للشرائط ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك[1]، بل ولا إشكال .

فإن لم يكن الحاكم ، فظاهر جملة من العبارات[2] المعدِّدة للأولياء : عدم الولاية حينئذٍ لأحد ، بل هو صريح المحكي عن ابن إدريس[3] .

وهو كذلك بالنسبة إلى الأمّ وغيرها من الإخوة والأعمام والأخوال ... وغيرها ، بلا خلاف أجده[4]، بل عن التذكرة : الإجماع عليه في الأُمّ[5]، بل عن مجمع البرهان : «الظاهر أنّه إجماع الأُمّة»[6] .

نعم ، قد يقال : إنّ قاعدة الإحسان ، وولاية المؤمنين بعضهم على بعض ، ولزوم التعطيل بل والضرر في كثير من الموارد ـ قيل : «بل وحكاية فعل الخضر»[7] ـ يقتضي ثبوتها لعدول المؤمنين .

---

(١) كما في مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٨٣ ج ٣ ص ١٨٦، ورياض المسائل: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٥٦، ومفتاح الكرامة: الحجر / في الصغر ج ١٦ ص ٨٢.

(٢) كالمقنعة: الوصيّة / الوصي يوصي إلى غيره ص ٦٧٥ ـ ٦٧٦. والكافي في الفقه: في الوصيّة ص ٣٦٦.

(٣) السرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٩٣ ـ ١٩٤.

(٤) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٨٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: الحجر / المتولّي للتصرّف ج ١٤ ص ٢٤٣.

(٦) مجمع الفائدةوالبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٣١.

(٧) المصدر السابق: ص ٢٣٢.

بل ربّما يرشد إلى ذلك:

صحيح ابن بزيع، قال: «إنّ رجلاً من أصحابنا مات ولم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصيّر عبدالحميد بن سالم القيّم بماله، وكان الرجل خلّف ورثةً صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبدالحميد المتاع، فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهنّ، ولم يكن الميّت صيّر إليه، وكان قيامه بأمر القاضي لأنّه فروج، فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه‌السلام فقلت: جعلت فداك، يموت الرجل من أصحابنا فلا يوصي إلى أحد، وخلّف جواري فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهنّ، أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنّهنّ فروج، فما ترى في ذلك؟ فقال: إذا كان القيّم مثلك ومثل عبدالحميد بن سالم فلا بأس»[1].

وخبر سماعة[2] ورفاعة[3]: «سألته عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصيّة وعقار[4]، كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ فقال: إن قام رجل ثقة فقاسمهم ذلك فلا بأس».

---

(١) الكافي: المعيشة / باب شراء الرقيق ح ٢ ج ٥ ص ٢٠٩، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٢٥ ج ٩ ص ٢٤٠، وسائل الشيعة: باب ١٦ من أبواب عقد البيع ح ٢ ج ١٧ ص ٣٦٣.

(٢) من لايحضره الفقيه: الوصيّة / باب فيمن لم يوص ح ٥٥١١ ج ٤ ص ٢١٨، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٢٢ ج ٩ ص ٢٤٠، وسائل الشيعة: باب ٨٨ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤٢٢.

(٣) رواه بهذا العنوان في الحدائق الناضرة: الحجر / في الأحكام ج ٢٠ ص ٣٧٧.

(٤) في المصدر بدل هذه الكلمة: «وله خدم ومماليك وعقد [وعقار]».

قيل: «ومثله صحيح ابن رئاب[١]»[٢]. ↑

والمناقشة: باحتمال كون ذلك إذناً خاصّاً من إمام الوقت، كما ج ٢٦ / ١٠٣ ترى، فالقول به حينئذٍ لا يخلو من قوّة، وفاقاً لصريح بعض الأصحاب[٣]، بل نسب[٤] إلى مشهورهم، بل ربّما نسب[٥] ذلك إليهم، والله أعلم.

و﴿أمّا السفيه والمفلّس فالولاية في مالهما للحاكم لا غير﴾ بلا خلاف أجده في الثاني، وقد تقدّم الكلام فيه سابقاً.

بل والأوّل إذا كان متجدّداً بعد البلوغ، عدا ما عن الكفاية[٦] والرياض[٧] من إرسال قول فيه بعود ولاية الأب والجدّ عليه.

ولم نتحقّقه لأحد، كما لم نعرف له دليلاً صالحاً لقطع الأصل، فمن الغريب ميل بعض متأخّري المتأخّرين[٨] إليه؛ التفاتاً إلى كونه في

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من مات على غير وصيّة ح ٢ ج ٧ ص ٦٧. وسائل الشيعة: باب ٨٨ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٢١.

(٢) مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٨٣.

(٣) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٣٢. والسبزواري في الكفاية: كتاب الحجر ج ١ ص ٥٨٩.

(٤) نفى الخلاف إلّا من ابن إدريس ـ قال: «وقد يظهر ذلك من المفيد والتقي» ـ في مفتاح الكرامة: (انظر الهامش قبل السابق).

(٥) الحدائق الناضرة: الحجر / في الأحكام ج ٢٠ ص ٣٧٨.

(٦) كفاية الأحكام: النكاح / أولياء العقد ج ٢ ص ٩٧. يفهم منه من نسبة القول الآخر إلى الشهرة.

(٧) رياض المسائل: النكاح / أولياء العقد ج ١٠ ص ٨٢.

(٨) كالطباطبائي في الرياض: كتاب الحجر ج ٩ ص ٢٥٧.

التزويج كذلك، وإلى ما عن التذكرة من الإجماع[١].

وفيه: ـ بعد تسليم الملازمة أو الأولويّة ـ منع كونه في التزويج كذلك، وما عن التذكرة من الإجماع في المقام، بل المحكي عنها ـ مع أنّه إطلاقات ولم تتحقّق، وفي التزويج أيضاً، بل وفي المجنون ـ مضطرب لا يصلح للفقيه التعويل على أمثاله، بل ربّما حكي عنها[٢] معقد إجماع على خلاف ذلك، وكيف يسوغ ـ لها أو لغيرها ـ دعوى الإجماع في المقام بحيث يشهد عليها مع ظهور كلمات الأصحاب في خلافه، بل عكسه مظنّة الإجماع، بل لا بأس على من يدّعيه في المقام.

وبالجملة: فلا ريب في أنّ الولاية في ماله للحاكم ـ الذي هو وليّ من لا وليّ له ـ بعد أن لم يثبت بدليل شرعي ولايتهما عليه، بل الدليل ـ وهو الأصل ـ على خلافه.

إنّما الكلام فيمن اتّصل سفهه ببلوغه، فإنّ ظاهر المصنّف وغيره[٣] ممّن أطلق كإطلاقه أنّ ولايته للحاكم أيضاً، بل عن بعضهم التصريح بهذا الإطلاق[٤]، بل ربّما نسب[٥] إلى الأشهر، بل قيل: «إنّ وجهه ظاهر

---

(١) تذكرة الفقهاء: النكاح / أسباب الولاية ج ٢ ص ٥٨٦ (الطبعة الحجرية).

(٢) المصدر السابق: ص ٥٩٢.

(٣) كالعلّامة في الإرشاد: الحجر / في الأحكام ج ١ ص ٣٩٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: الحجر / المتولّي للتصرّف ج ١٤ ص ٢٤٤.

(٥) كما في مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٦٢، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٨٣ ج ٣ ص ١٨٧.

بناءً على توقّف الحجر عليه ورفعه عنه عليه؛ إذ يكون الأمر حينئذٍ في ماله إليه»[١]، بل ربّما جعل[٢] ذلك دليلاً للمدّعى.

إلّا أنّ ذلك كلّه كما ترى؛ ضرورة اقتضاء الاستصحاب ثبوت ولايتهما التي هي المنساقة:

من آية الإيناس[٣] المحكي تفسيرها عن الباقر عليه‌السلام: بالعقل وإصلاح المال[٤]، وعن الصادق عليه‌السلام: بحفظ المال[٥]. ج ٢٦ / ١٠٤

ومن خبر هشام بن سالم عن الصادق عليه‌السلام: «... وإن احتلم ولم يؤنس منه رشداً[٦] وكان سفيهاً، فليمسك عنه وليّه ماله»[٧].

إذ لا ريب في ظهورهما في إرادة الولي قبل البلوغ، سواء كان الأب أو الجدّ أو الحاكم أو غيرهم، فإنّه المخاطب بإمساك المال وحفظه حتّى يرشد، والتكلّفات لا تنافي المنساق.

وتوقّف الحجر على السفيه ورفعه على الحاكم ـ مع أنّه يمكن منعه

---

(١) انظر «المسالك» في الهامش السابق.

(٢) كما في تذكرة الفقهاء: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٣) سورة النساء: الآية ٦.

(٤) تفسير التبيان: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ٣ ص ١١٧، مجمع البيان: ذيل نفس الآية ج ٣ ص ١٦.

(٥) تفسير العيّاشي: سورة النساء ح ٢٦ ج ١ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: باب ٤٥ من كتاب الوصايا ح ٦ و١٣ ج ١٩ ص ٣٦٨ و٣٦٩.

(٦) في المصادر: رشدٌ.

(٧) الكافي: الوصايا / باب الوصي يدرك أيتامه ح ٢ ج ٧ ص ٦٨، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ١٢ ج ٩ ص ١٨٣، وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ٩ ج ١٩ ص ٣٦٣.

في المتّصل سفهه، بل عن التذكرة: التصريح بعدم توقّف رفعه عليه[١] ـ لا يقتضي ثبوت الولاية للحاكم في المال.

ولعلّه لذلك وغيره صرّح جماعة من المحقّقين بثبوت الولاية لهما في الفرض[٢]، وعن التذكرة: أنّه نفى عنه البأس في آخر كلامه[٣]، وعن الشهيد: أنّه حكاه عن ابن المتوّج[٤]، بل عن مجمع البرهان: «أنّه ممّا لا خلاف فيه ولا نزاع»[٥]، وعن نكاح المفاتيح: «لا خلاف في ثبوت الولاية لهما على السفيه والمجنون مع اتّصال السفه والجنون بالصغر»[٦]. والظاهر عدم إرادته خصوص النكاح، مع ما عن بعضهم: من أنّه لا فرق في هذا النزاع بين النكاح والمال[٧]، بل قد عرفت دعوى أولويّة المال منه.

لكنّ الإنصاف تحقّق الخلاف في المال كما عرفت، ومنه يظهر حال ما عن نكاح الرياض: «وتثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه

(١) تذكرة الفقهاء: الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢١٦.

(٢) كالكركي في جامع المقاصد: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٥ ص ١٩٧، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الحجر ج ٤ ص ١٠٦، والأردبيلي في مجمع البرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٣١.

(٣) تذكرة الفقهاء: الحجر / المتولّي للتصرّف ج ١٤ ص ٢٤٤.

(٤) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٨٥.

(٥) مجمع الفائدةوالبرهان: المتاجر / في المتعاقدين ج ٨ ص ١٥٧.

(٦) مفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٢٥ ج ٢ ص ٢٦٥.

(٧) مسالك الأفهام: النكاح / في أولياء العقد ج ٧ ص ١٤٧، الحدائق الناضرة: الحجر / في الأحكام ج ٢٠ ص ٣٧٤.

وجنون إجماعاً»[1] حتّى لو أراد خصوص النكاح ؛ إذ الظاهر تحقّق الخلاف فيه أيضاً .

وعلى كلّ حال فالتحقيق ما عرفت ، وإن كان كلمات الأصحاب في المقام والنكاح لا تخلو من اضطراب . وحينئذٍ فوصيّهما أولى من الحاكم ، كما أنّ الجدّ أولى من وصيّ الأب بلا خلاف ولا إشكال ، والله أعلم بحقيقة الحال .

المسألة ﴿الخامسة﴾

لا خلاف في أنّ السفيه كالرشيد بالنسبة إلى العبادات ، فـ ﴿إذا أحرم بحجّة﴾ وعمرة ﴿واجبة﴾ ولو بالنذر قبل الحجر أو سببه ﴿لم يمنع ممّا يحتاج إليه في الإتيان بالفرض﴾ وإن زاد على نفقة الحضر ، لكن لا يمكّن هو من الإنفاق ، بل ينفق عليه وليّه أو وكيله . ↑ ج ٢٦ ١٠٥

﴿وإن أحرم تطوّعاً : فإن استوت نفقته سفراً وحضراً لم يمنع﴾ منه أيضاً ، بلا خلاف أجده فيه[2] ؛ لعدم الضرر ، وإلّا منع ، خلافاً للمحكي عن الأردبيلي فلم يمنعه وإن زاد[3] .

وهو ـ مع أنّه لم نجد له موافقاً ـ منافٍ لحكمة الحجر ؛ ولذا يمنع من

---

(١) رياض المسائل: النكاح / في أولياء العقد ج ١١ ص ٨٢.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٥٢. ويظهر من المبسوط (كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٦)، وتذكرة الفقهاء (الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩) نفي الخلاف بين المسلمين.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٣٧.

النذر بالصدقة بعين ماله وبناء المساجد والقناطر... ونحو ذلك.

واحتمال: اختصاص منع السفيه بالتصرّف المنافي خاصّة ـ لا الأعمّ منه والموافق لتصرّفات العقلاء ـ منافٍ لكلمات الأصحاب وعموم أحكام الشرع بل ولحكمة الحجر، فلا ينبغي التوقّف فيما نحن فيه.

نعم، إذا لم يتفاوت بين السفر والحضر لم يمنع؛ لعدم الضرر. قيل: ﴿وكذا إن أمكنه تكسّب ما يحتاج إليه﴾ بل نفى الخلاف عنه بعض مشايخنا[1].

لكن قد يشكل[2]: بأنّ ما يكتسبه مال، فيتعلّق الحجر به أيضاً.

وأُجيب[3]: بأنّه قبل الاكتساب لم يكن مالاً، وبعده صار محتاجاً إلى زيادة النفقة. على أنّ الاكتساب غير واجب على السفيه وليس للولي قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف لشيء من المال الذي تعلّق الحجر به.

وفيه: أنّه إنّما يتمّ لو لم يمكنه العود، أو أمكنه بنفقة مساوية لنفقة الإكمال، وإلّا لم ينفعه احتياجه إلى النفقة. والاكتساب وإن كان غير واجب عليه ولا يقهر عليه، إلّا أنّه إذا اكتسب باختياره تحقّق المال ولزم الحجر فيه، فعاد المحذور.

---

(١) العاملي في مفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٥٢.

(٢ و٣) ذكر الإشكال وجوابه في جامع المقاصد: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٥ ص ٢٠٢.

نعم، لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر، وكان بعد التلبّس بالحجّ ـ مثلاً ـ أو قبله، ولم يمكن العود إلّا بصرفه، زال الإشكال، ويمكن حمل عبارات الأصحاب على ذلك أو نحوه.

﴿و﴾ كيف كان، ف﴿ـلو لم يكن كذلك﴾ بل احتاج في السفر إلى ما يزيد على نفقته في الحضر من ماله المحجور عليه ﴿حلّله الوليّ﴾ من الإحرام؛ محافظةً على ماله.

بل في القواعد[١] ومحكيّ المبسوط[٢] والتحرير[٣]: «أحلّه بالصوم». وظاهرهما تعيينه به دون الهدي؛ مراعاةً لحفظ المال.

لكن عن الشهيد: «إنّي لم أقف على كون التحليل بالصوم إلّا من طرق العامّة»[٤]. ↑ ج ٢٦ / ١٠٦

نعم، روى معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله عليه‌السلام: في المحصر إن لم يجد هدياً؟ قال: «يصوم»[٥].

وفي كتاب المشيخة لابن محبوب: «روى صالح بن عامر عن أبي عبدالله عليه‌السلام: في رجل خرج معتمراً واعتلّ في بعض الطريق وهو محرم؟ قال: ينحر بدنة ويحلق رأسه ويرجع إلى أهله فلا يقرب

---

(١) قواعد الأحكام: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٢ ص ١٣٨.

(٢) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٧.

(٣) تحرير الأحكام: الحجر / في أحكامه ج ٢ ص ٥٤٠.

(٤) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون و السفيه ج ١٦ ص ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٥) الكافي: الحج / باب المحصور والمصدود ح ٥ ج ٤ ص ٣٧٠. وسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب الإحصار والصد ح ٢ ج ١٣ ص ١٨٧.

النساء، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً»[١].

قلت: الظاهر إرادة من أطلق التحليل بالصوم ما صرّح به بعضهم من كونه عشرة أيّام من دون اعتبار التوالي والزمان وأنّه في الحجّ[٢]، كما أنّ الظاهر بناء ذلك على أنّ لدم الإحصار بدلاً، وعن بعضهم أنّه استقرب عدمه[٣]، واستشكل الفاضل فيه في القواعد[٤]، وحينئذٍ فينبغي بقاؤه محرماً إلى زمان الفكّ كما صرّح به بعضهم[٥].

وقد يقال: إنّه يتعيّن حينئذٍ على الولي تحليله بالهدي إذا فرض نقصانه عن زيادة النفقة؛ لأنّه صار ـ ولو بالعارض ـ مثلها.

بل لولا ظهور اتّفاق من تعرّض للحكم هنا على ذلك، أمكن المناقشة في أصل تحليل الولي له؛ لأنّه بالإحرام صار الزائد كالنفقة. وربّما يؤيّده في الجملة: ما تسمعه من المصنّف من تردّده في كفّارة اليمين مثلاً بالمال، فتأمّل جيّداً.

وعلى كلّ حال، فظاهر من تعرّض للحكم هنا صحّة إحرامه؛ وإلّا لم يحتج إلى تحليل الولي. وهو كذلك؛ إذ النهي عن أمر خارج عن ذات

---

(١) رواه في الجامع للشرائع: الحج / في الإحصار والصد ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣.

(٢) جامع المقاصد: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٥ ص ٢٠٢، مفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون و السفيه ج ١٦ ص ١٥٤.

(٣) جامع المقاصد: الحج / في الحصر والصد ج ٣ ص ٢٨٦.

(٤) قواعد الأحكام: الحج / في الحصر والصد ج ١ ص ٤٥٣.

(٥) كالشهيد الثاني في المسالك: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٦٤، والعاملي في مفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٥٤.

العبادة، بل وعن شرطها؛ لأنّ المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد، وإن كان للولي التحليل تداركاً للزائد، والله أعلم.

المسألة ﴿السادسة﴾

لا خلاف[١] بل ولا إشكال في أنّ السفيه ﴿إذا حلف﴾ مثلاً على فعل شيء أو تركه ممّا لا يتعلّق بماله المحجور عليه ﴿انعقدت يمينه﴾ لأنّه بالغ عاقل مكلّف، وإنّما هو ممنوع في خصوص التصرّف المالي ﴿و﴾ هذا ليس منه.

نعم ﴿لو حنث كفّر بالصوم﴾ كما صرّح به الفاضل[٢] وثاني
الشهيدين[٣] والشيخ فيما حكي عن مبسوطه[٤] من غير تردّد ولا نقل
خلاف؛ لأنّه بمنعه من التصرّف المالي كان كالعبد والفقير ونحوهما
﴿و﴾ لكن قال المصنّف: ﴿فيه تردّد﴾ ولعلّه لوجوب الكفّارة عليه ↑
حينئذٍ، والفرض أنّه مالك، فتخرج من ماله كغيرها من الواجبات من ج ٢٦ / ١٠٧
الزكاة والخمس ومؤونة الحجّ والكفّارة السابق سببها.

---

(١) نفى الخلاف في غاية المرام: الحجر / في أحكامه ج ٢ ص ١٨٤.
وذكر انعقاد اليمين في المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٧، وإرشاد الأذهان: الحجر / في الأحكام ج ١ ص ٣٩٧، ومجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في الأحكام ج ٩ ص ٢٣٨، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٨٤ ج ٣ ص ١٨٧.
(٢) قواعد الأحكام: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٢ ص ١٣٨.
(٣) مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٦٥.
(٤) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٧.

وفيه : أنّ هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره ، فلا تصرّف له في المال ، وإنّما الحاكم به الله تعالى ، بخلاف ما نحن فيه ممّا كان سببه مستنداً إلى اختياره ، بل لو أُخرج ذلك من ماله أمكن أن يجعله وسيلة إلى إذهابه ؛ لأنّ مقتضى السفه توجّه صرفه على ما لا ينبغي .

ومن ذلك تعرف الحال في كفّارة نذره وعهده وعوده في ظهاره وإفطاره في شهر رمضان ، بل قيل : «وقتل الخطأ»(١) ، بل في المسالك أنّه «يقرب من هذا البحث الكلام في الإنفاق على من استلحقه من الأنساب بإقراره»(٢) ، والله أعلم .

المسألة ﴿السابعة﴾

لا خلاف(٣) أيضاً ولا إشكال في أنّه ﴿لو وجب له القصاص جاز أن يعفو﴾ على غير مال فضلاً عنه ، بناءً على أنّه الواجب في العمد ـ لا أحد الأمرين ـ كما هو المعروف عندنا ، بل ظاهر المسالك : الإجماع عليه(٤) ؛ لأنّه ليس تصرّفاً ماليّاً .

وفي المسالك : «أنّه نبّه بذلك على خلاف بعض العامّة ، حيث

---

(١) مفتاح الكرامة: الحجر / في المجنون والسفيه ج ١٦ ص ١٥٦.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(٣) صرّح بجواز العفو على مال في المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٧، والجامع للشرائع: باب الحجر ص ٣٦١، وأطلق في قواعد الأحكام: الحجر / في المجنون والسفيه ج ٢ ص ١٣٨، والروضة البهيّة: كتاب الحجر ج ٤ ص ١١٠.

(٤) مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٦٥.

جعل الواجب في العمد أحد الأمرين: القصاص أو المال، فلا يصحّ عفوه عنه»[١].

قلت: يمكن القول بجواز عفوه عليه أيضاً بعد فرض التخيير وعدم عدّ ذلك تصرّفاً ماليّاً، وقد تقدّم نظير ذلك في المفلّس، هذا.

﴿و﴾ قد ظهر لك من ذلك كلّه: أنّه ﴿لو وجب له دية﴾ أو أرش ﴿لم يجز﴾ له العفو، بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنّه من التصرّف المالي الممنوع عنه.

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿يختبر الصبي﴾ لمعرفة رشده ﴿قبل بلوغه﴾ كما صرّح به جماعة[٢]، بل لا أجد فيه خلافاً، بل في المسالك: «هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، وإنّما خالف فيه بعض العامّة»[٣]. ونحوه المحكي عن المفاتيح[٤]، بل عن ظاهر التذكرة[٥] وغاية المراد[٦]: الإجماع عليه، ولعلّه ظاهر كلّ من قصر الخلاف على بعض العامّة. فتأمّل

(١) المصدر السابق.

(٢) كالشيخ في المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٤، وابن سعيد في الجامع للشرائع: باب الحجر ص ٣٥٩، والعلّامة في التحرير: الحجر / في أسبابه ج ٢ ص ٥٣٦.

(٣) مسالك الأفهام: الحجر / في أحكامه ج ٤ ص ١٦٦.

(٤) عبارته: «ويختبرالرشد قبل البلوغ عندنا». انظرمفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٨٥ ج ٣ ص ١٨٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢٢٥.

(٦) غاية المراد: الحجر / في الأحكام ج ٢ ص ٢٠٥.

الأردبيلي[١] فيما حكي عنه، في غير محلّه.

نعم، قد يقع الاختبار بعد البلوغ إذا اتّفق عدمه قبله لعارض، أو أنّ الواقع منه قبله لم يفد الرشد... أو نحو ذلك.

فما عن كنز الفوائد[٢] لعميد الدين والفخر في الإيضاح[٣] والشهيد[٤] ↑
وابن المتوّج[٥] ـ من حمل ما في القواعد[٦] من الإشكال في صحّة البيع ج ٢٦ / ١٠٨
الاختباري وعدمه على ما بعد البلوغ لو اتّفق ظهور السفه أو لم يظهر الرشد ـ ليس خلافاً في المسألة عند التأمّل.

نعم، قيل[٧]: قد ينافيه المرسل عن أبي جعفر عليه‌السلام، قال في قوله تعالى: «وابتلوا...»[٨]: «من كان في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتّى يبلغ النكاح ويحتلم، فإذا احتلم ووجب عليه الحدود وإقامة الفرائض ولا يكون مضيّعاً ولا شارب خمر ولا زانياً، فإذا آنس منه الرشد دفع إليه المال وأشهد عليه، فإذا كانوا لا يعلمون أنّه قد بلغ فليمتحن بريح إبطه أو نبت عانته، وإذا كان ذلك فقد بلغ، فيدفع إليه

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر / في أسبابه، وأحكامه ج ٩ ص ٢٠٦ ـ ٢٠٨ و ٢٣٨.

(٢) كنز الفوائد: كتاب الدين وتوابعه ج ١ ص ٥٣٥.

(٣) إيضاح الفوائد: الحجر / في الصغير ج ٢ ص ٥٢.

(٤ و ٥) نقله عنهما في مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٥٦.

(٦) قواعد الأحكام: الحجر / في الصغير ج ٢ ص ١٣٤.

(٧) ذكر القيل وأجاب عنه في مفتاح الكرامة: (المصدر قبل السابق: ص ٥٧).

(٨) سورة النساء: الآية ٦.

ماله إذا كان رشيداً...»[١] الحديث.

وفيه: أنّه يمكن منع ظهوره في مخالفة الأصحاب؛ لاحتمال إرادة أنّه إذا كان قد آنس منه الرشد بالاختبار السابق دفع إليه المال. والامتحان بريح الإبط لا يقضي بإرادة ذلك من الابتلاء في الآية. وبعد التسليم فليس جامعاً لشرائط الحجّيّة، وقد أعرض عنه الأصحاب، فهو حينئذٍ من الشواذّ، خصوصاً مع مخالفته لظاهر الآية؛ ضرورة ظهورها في كون غاية الاختبار البلوغ. قيل: «لأنّ (حتّى) ابتدائيّة؛ إذ ما بعدها جملة شرطيّة، والجزاء جملة أُخرى شرطيّة وهي: (فإن آنستم)[٢]، فالفاء الأُولى جواب الشرط الأوّل، والثانية جواب الثاني»[٣].

فما عن الأردبيلي من أنّ «ظاهر قوله: (فإن آنستم) إلى آخرها يدلّ على دفع المال بعد إيناس الرشد بلا فصل، فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الإعطاء بعد الرشد وقبل البلوغ، وهو منفيّ بالإجماع. على أنّ من المعلوم عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ، فكأنّه مقيّد بعدم الرشد. وعدم صدق اليتيم على البالغ يدفعه: أنّه لا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتم»[٤] لا يخفى عليك ما فيه.

---

(١) تفسير القمّي: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ١ ص ١٣١، مستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب الحجر ح ١ ج ١٣ ص ٤٢٨.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٥٨.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الحجر /في أسبابه ج٩ ص٢٠٧ ـ ٢٠٨ (بتصرّف وتقديم وتأخير).

وظهور الآية في تسليم المال بعد إيناس الرشد مسلّم لولا الشرط الآخر وهو قوله: «حتّى إذا بلغوا النكاح»[١] فإنّ المراد: اختبروهم قبل البلوغ إليه، فإن كان قد بلغوا وقد آنستم منهم رشداً بالاختبار السابق [ج ٢٦ ١٠٩] فادفعوا إليهم أموالهم.

ومعلوميّة عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ لا يقضي بكونه بعده، بل المراد: أنّ هذا محلّه الذي يتعقّبه تسليم المال بعد البلوغ بلا فصل إذا فرض حصول الرشد منه.

وصدق اليتيم على قريب العهد مجاز لا داعي إليه، بل قد عرفت وجود الداعي إلى خلافه من اتّفاق الأصحاب ظاهراً، كما أنّك عرفت تمام الكلام في الآية في البحث عن علامات البلوغ، فلاحظ.

مضافاً إلى ما في تأخير الاختبار بعد البلوغ إلى[٢] حصول الضرر بالحجر على مال البالغ، خصوصاً إذا طال الزمان.

ولا ملازمة بين ابتلائه قبل بلوغه وبين صحّة معاملاته المعلوم اشتراطها بالبلوغ؛ إذ الاختبار أعمّ من ذلك قطعاً، لاحتمال حصوله بالمساومة والمماكسة خاصّة وبالتواطؤ من الولي والبائع فيما هو مال الطفل... ونحو ذلك، بل يحصل الابتلاء بغير العقود.

والقول بشرعيّة أفعال الصبي لا مدخليّة له في الصحّة؛ إذ ذاك في العبادات، وإذن الولي ـ مع أنّه غير محقّق؛ لما عرفت من أعمّيّة

---

(١) سورة النساء: الآية ٦.

(٢) الأولى التعبير بدلها بـ «من».

الاختبار من العقد ـ لا تجدي في غير البالغ، سواء كانت سابقة أو لاحقة، كما هو واضح.

وعلى كلّ حال، فممّا سمعت يعلم: أنّ ما عن المبسوط والجماعة[١] من ذكر كيفيّة الابتلاء لا يريدون به الخصوصيّة قطعاً.

قال في الأوّل: «الأيتام على قسمين: ذكور وإناث، فالذكور على ضربين: ضرب يبذلون في الأسواق ويخالطون الناس بالبيع والشراء، وضرب يصانون عن الأسواق».

«فالذين يخالطون الناس فإنّه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب إلى السوق ويساوم في السلع ويقاول فيها ولا يعقد العقد، فإن رآه يحسن ذلك ولا يغبن فيه علم أنّه رشيد، وإلّا لم يفكّ عنه الحجر. وقيل: إنّه يشتري له بغير أمره ويواطئ البائع على بيعها من اليتيم، وينفذه الولي ليشتريها منه. وقيل: إنّه يدفع إليه شيئاً[٢] من المال يشتري به سلعة، ويصحّ شراؤه للضرورة، فيجيز».

«وإن كان اليتيم ممّن يصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء فإنّ اختبارهم أصعب، فيدفع الولي إليهم نفقة شهر يختبرهم بها، فينظر: فإن دفعوا إلى أكرتهم وغلمانهم وعمّالهم ومعامليهم حقوقهم من ↑
غير تبذير، وأقسطوا في النفقة على أنفسهم في مطاعمهم ومكاسبهم، ج ٢٦ / ١١٠

(١) تذكرة الفقهاء: الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢٢٤، غاية المرام: الحجر / في أحكامه ج ٢ ص ١٨٥، مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٠ ـ ١٥١.

(٢) تحتمل المعتمدة بدلها: شيء.

سلّم إليهم المال».

«وأمّا الإناث: فإنّه يصعب اختبارهنّ، فيدفع إليهنّ شيئاً من المال ويجعل عليهنّ نساء ثقات يشرفن عليهنّ، فإن غزلن واستغزلن ونسجن واستنسجن ولم يبذّرن سلّم المال إليهنّ، فإن كنّ بخلاف ذلك لم يسلّم إليهنّ»(١).

وزاد بعضهم: أنّه لابدّ من تكرار ذلك مراراً يحصل بها غلبة الظنّ؛ ليعلم الاتّصاف بالملكة(٢).

ولعلّه مراد المبسوط أيضاً؛ إذ من المعلوم عدم إرادة الخصوصيّة، بل لعلّ غير الفقيه أعرف منه في طرق الاختبار المفيد لذلك. ومن هنا لا ينبغي مناقشته في ذلك ولا في ذكر الغزل والاستغزال للإناث، مع أنّ ذلك غير واجب في الرشد. وبنات الرؤساء ليس ذلك طريق اختبارهنّ.

وبالجملة: البحث في ذلك ليس وظيفة الفقيه؛ ولذا خلت عنه النصوص، وبعض الأصحاب إنّما ذكره على طريق التنبيه، كما هو واضح.

قال في القواعد: «ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرّفات، فإن

---

(١) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٤ ـ ٢٨٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الحجر / في السفيه ج ١٤ ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥. جامع المقاصد: الحجر / في الصغر ج ٥ ص ١٨٦. مسالك الأفهام: الحجر / في موجباته ج ٤ ص ١٥٠. الحدائق الناضرة: الحجر / في الأحكام ج ٢٠ ص ٣٥١.

عرف منه جودة المعاملة وعدم المغابنة إن كان تاجراً، والمحافظة على ما يتكسّب به والملازمة إن كان صانعاً ... وأشباه ذلك في الذكر، والاستغزال والاستنساج في الأُنثى إن كانت[١] وأشباهه، حكم بالرشد»[٢].

إلى غير ذلك من عباراتهم التي ربّما يوهم بعض ما فيها ذلك، لكنّ التأمّل الصادق قاضٍ بإرادة ما ذكرنا، وقد سمعت فيما تقدّم عبارة المصنّف، فتأمّل جيّداً.

وأمّا ما حكاه[٣] من القول بصحّة بيعه للضرورة والأمر بالابتلاء، فمع أنّك قد عرفت ما فيه، لم نتحقّقه لأحد من أصحابنا عدا ما يحكى عن التحرير من الحكم بها[٤].

نعم، قد يظهر من قول المصنّف: ﴿وهل يصحّ بيعه؟ الأشبه أنّه لايصحّ﴾ بيعه، نوعُ تأمّلٍ فيه، بل قيل[٥]: إنّ الحكم بها هنا أولى منها في مطلق بيع المميّز الذي أفتى به بعضهم[٦] وتردّد فيه الفاضل في القواعد[٧].

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: «من أهلهما».

(٢) قواعد الأحكام: الحجر / في الصغير ج ٢ ص ١٣٤.

(٣) مجمع الفائدةوالبرهان: الحجر / في أسبابه ج ٩ ص ٢٠٨.

(٤) تحريرالأحكام: الحجر / في أسبابه ج ٢ ص ٥٣٦.

(٥) كما في مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٦٤.

(٦) كالأردبيلي في مجمع البرهان: المتاجر / في المتعاقدين ج ٨ ص ١٥٢ ـ ١٥٣، وجوّزه الكاشاني في الجملة في المفاتيح: مفتاح ٨٩٥ ج ٣ ص ٤٦.

(٧) قواعد الأحكام: الحجر / في الصغير ج ٢ ص ١٣٧.

ومن هنا حمل ما فيها في المقام ـ من قوله بعد العبارة السابقة التي حكيناها عنه : «وفي صحّة العقد حينئذٍ إشكال»[١] ـ على ذلك .

فيكون وجها الإشكال حينئذٍ : معلوميّة اشتراط البلوغ في الصحّة ، والضرورة مع الأمر بالابتلاء وكونه أولى من المميّز .

لكنّ جماعة[٢] قد استبعدوا الإشكال في ذلك على وجهٍ لم يرجّح ، فحملوا العبارة على ما بعد البلوغ ، فظنّ بعض الناس أنّ ذلك حينئذٍ ج ٢٦ / ١١١ خلاف من العلّامة ومنهم في محلّ الاختبار وأنّه عندهم بعد البلوغ، وقد عرفت عدم ذلك عندنا وإنّما هو لبعض العامّة .

والتحقيق : ما ذكرناه سابقاً من أنّه لو حملت على ما بعد البلوغ يمكن أن لا يكون خلافاً ، بل يكون وجهه حينئذٍ فيما لو اتّفق وقوع الاختبار بعد البلوغ لعارض من العوارض التي قدّمناها سابقاً ، ويكون الإشكال حينئذٍ فيما لو صادف التصرّف ظهور سفهه أو عدم ظهور رشده ؛ فـ :

قد يقال بالصحّة حينئذٍ ؛ لأصالتها ، وإطلاق الأدلّة ، والأمر بالابتلاء ، والاضطرار إلى الاختبار ، ولأنّ الفرض وقوع الاختبار بإذن الولي ، فتكون عقوده حينئذٍ مصاحبة للإذن ... ولغير ذلك .

وقد يقال بالفساد ؛ لمعلوميّة اشتراط الرشد في البيع ، فالعلم بانتفائه ـ بل الشكّ فيه ـ كاشف عن تزلزل العقد السابق ـ وإن كان قد وقع مع

---

(١) المصدر السابق: ص ١٣٤.

(٢) أشار إلى قولهم في ص ٢١٦.

الجهل بالحال، نعم لو صادف الرشد واقعاً اتّجه الصحّة ـ ولإطلاق ما دلّ على بطلان معاملة السفيه المنصرف إلى الواقع.

بل عن الشهيد: «أنّ الأقوال في الفرض ثلاثة: الصحّة مطلقاً لأمر الشارع بذلك، والبطلان مطلقاً لاعتبار الرشد، والثالث: إن ظهر الرشد ظهرت الصحّة وإن ظهر السفه ظهر البطلان»[1].

قلت: قد عرفت وجه الثالث، بل والأوّل الذي هو قويّ بناءً على حصول الإذن من الولي في ذلك وإن كان للاختبار، أمّا الثاني فهو واضح الفساد.

وكيف كان، فحمل العبارة على ذلك ممكن وإن كان بعيداً، بل ربّما نوقش فيما سمعته من وجوه الإشكال، وأنّه يتعيّن الصحّة حينئذٍ للإذن ↑
من الولي، والأمر سهل بعد أن اتّضح لك تحقيق الحال، والله هو العالم. ج ٢٦ / ١١٢

تمّ المجلّد الثالث من العقود بعون الله الرؤوف الودود، ويتلوه في المجلّد الرابع الضمان إن شاء الله الموفّق المنّان.

---

(١) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الحجر / في الصغير ج ١٦ ص ٦٤.

كتاب

الضمان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿كتاب الضمان﴾

الذي هو عندنا ـ على ما اعترف به غير واحد منّا[1] ـ مشتقّ من «الضمن» ؛ لأنّه ينقل ما كان في ذمّته من المال ويجعله في ضمن ذمّة أُخرى ، أو لأنّ ذمّة الضامن تتضمّن الحقّ ، فالنون فيه أصليّة .

خلافاً لما عن أكثر العامّة : من أنّه غير ناقل وإنّما يفيد اشتراك الذمّتين ، فاشتقاقه من «الضمّ» والنون فيه زائدة ؛ لأنّه حينئذٍ ضمّ ذمّة إلى ذمّة[2] ، فيتخيّر المضمون له في المطالبة .

وفيه ما لا يخفى :

من منافاة وجود النون في جميع تصاريفه ، إلّا بدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالي عنها ، وهي كما ترى .

ومن صعوبة تحقّقه في نحو ضمان النفس .

وظهور قوله عليه السلام : «الزعيم غارم»[3] في اختصاص الغرم به .

---

(١) كالعلّامة في التذكرة: ضمان المال / ماهيّة الضمان ج ١٤ ص ٢٧٩. والشهيد الثاني في المسالك: الضمان / المقدّمة ج ٤ ص ١٧١. والعاملي في مفتاح الكرامة: الضمان / المقدّمة ج ١٦ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٧٠.

(٣) عوالي اللآلي: باب الديون ح ٣ ج ٢ ص ٢٥٧. مستدرك الوسائل: باب ١ من كتاب الضمان ح ٢ ج ١٣ ص ٤٣٥.

ولغير ذلك ممّا هو في مذهب الخصم ، بعد الغضّ عن عدم تصوّر شغل ذمّتين فصاعداً بمال واحد ، وقد بيّنّا[١] أنّ المشغول به في تعاقب الأيدي على المغصوب ذمّة واحدة ـ وهو من تلف في يده المال مثلاً ـ وإن جاز له الرجوع على كلّ واحد ، وإلّا فهو منافٍ للمقطوع به من مذهبنا .

وأمّا الثمرات على القولين فهي واضحة :

منها : صحّة الدور فيه على مذهبنا ـ كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه ـ دون مذهبهم .

والتسلسل ـ كأن يضمن أجنبيّ الضامن ... وهكذا ـ لتحقّق الشرائط عندنا .

فيرجع حينئذٍ كلّ ضامن ـ مع الإذن ـ بما أدّاه على الذي ضمن عنه لا على الأصيل .

وفي الأوّل يسقط الضمان ويرجع الحقّ كما كان ، نعم يترتّب عليه أحكامه ؛ كظهور إعسار الأصيل الذي صار ضامناً ، الموجب لخيار المضمون له في فسخه والرجوع إلى المضمون عنه الذي صار ضامناً .

ولا خلاف في شيء من ذلك بيننا إلّا ما يحكى عن المبسوط من ↑ ج ٢٦
منع الأوّل ؛ لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس ، ولعدم الفائدة[٢] . ١١٣

---

(١) في كتاب الغصب / في السبب ذيل قول الماتن: «ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة ...» إلخ.

(٢) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٤٠.

وردّ[١]: بأنّ الأوّل غير صالح للمانعيّة، والثاني: بذلك وبما سمعته من الفائدة.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿ـهو﴾ بالمعنى الأعمّ الشامل له بالمعنى الأخصّ والحوالة والكفالة ولو على جهة المجاز ﴿عقد شرّع للتعهّد بمال أو نفس﴾ أو أثر العقد... أو غيرهما، على حسب ما عرفت البحث فيه في كتاب البيع[٢] ﴿والتعهّد بالمال: قد يكون ممّن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون. فهنا ثلاثة أقسام﴾:

التعهّد بالنفس وهو الكفالة، والتعهّد بالمال ممّن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الأخصّ ـ الذي يدخل فيه ضمان الأعيان، بناءً عليه ـ وممّن عليه له مال وهو الحوالة.

ولكن سيأتي صحّة الحوالة على البريء، إلّا أنّ هذا التقسيم جارٍ على محلّ الوفاق، أو باعتبار هذا القسم من الحوالة، وكون القسم المشترك ذا جهتين ـ بحيث يصحّ تسميته ضماناً خاصّاً وحوالةً ـ يسهل معه الخطب.

وعلى كلّ حال، فـ:

---

(١) كما في مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٧٠.

(٢) في ج ٢٣ ص ٣٣١ ـ ٣٣٢.

﴿القسم الأوّل﴾
﴿في ضمان المال﴾

﴿ممّن ليس عليه للمضمون عنه مال، وهو المسمّى بالضمان بقول مطلق﴾ الذي هو المعنى الحقيقي المتبادر عند الإطلاق.

وما تقدّم سابقاً من تقسيم الضمان إلى الثلاثة لا ينافي ذلك؛ إذ يمكن أن يكون بحسب المعنى المجازي بالعارض، وإن كان هو في الأصل المعنى الحقيقي إلّا أنّه قد هجر. أو أنّه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى العامّ والخاصّ، والاشتهار أحد قرائن تعيين الثاني عند الإطلاق. أو أنّه باقٍ على الاشتراك المعنوي إلّا أنّ الاشتهار قرينة على إرادة تعيين الأخصّ عند الإطلاق.

لكن في المسالك: «أنّ الحوالة والكفالة فردان حقيقةً بالنسبة إلى مطلق الضمان، وإن كانا مجازين بالنسبة إليه بالمعنى الأخصّ، نحو ما قيل في تقسيم مطلق الماء إلى المضاف والمطلق، وإن كان الأوّل مجازاً بالنسبة إلى الماء المطلق»(١).

وفيه ما لا يخفى ـ إن لم يرجع إلى ما ذكرنا ـ من منافاته

(١) مسالك الأفهام: الضمان / القسم الأوّل ج ٤ ص ١٧٣.

للاصطلاح. وكونه فرداً حقيقيّاً للمعنى المجازي لا يقتضي إطلاقه عليه حقيقةً كما هو واضح، ومطلق الضمان إنّما هو مفهوم لا لفظ خاصّ؛ إذ الكلام في لفظ الضمان عند الإطلاق؛ ولعلّه لذا قال ـ بعد ذكر ما سمعت ـ: «وفيه بحث»[1]. ج٢٦/١١٤

﴿و﴾ على كلّ حال ﴿فيه بحوث ثلاثة﴾ إذ البحث في الصيغة وفي اعتبار لفظ خاصّ فيها وعدمه قد تقدّم في الكتب السابقة[2]، ويأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ بعض الكلام فيه.

﴿الأوّل: في الضامن﴾

﴿ولابدّ أن يكون مكلّفاً﴾ لما مرّ غير مرّة من سلب عبارة غيره في أمثال المقام، بل لابدّ أن يكون ـ مع ذلك ـ ﴿جائز التصرّف﴾ الشامل للمقام.

وحينئذٍ ﴿فـ﴾ لا إشكال في أنّه ﴿لا يصحّ ضمان الصبي ولاالمجنون﴾ ولو مع إذن الولي.

﴿ولو ضمن المملوك لم يصحّ إلّا بإذن مولاه﴾ وفاقاً لجماعة؛ منهم: الشيخ[3] والفاضل في بعض كتبه[4] والشهيد[5] والكركي[6] على

---

(١) المصدر السابق: ص ١٧٤.

(٢) ككتاب البيع في ج ٢٣ ص ٣٩٣.

(٣) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٥.

(٤) قواعد الأحكام: الضمان بالمال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٦، تحريرالأحكام: الضمان / في الضامن ج ٢ ص ٥٥٠، إرشاد الأذهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠١.

(٥) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الضمان ص ١٤٤.

(٦) جامع المقاصد: الضمان بالمال / في أركانه ج ٥ ص ٣١٣.

ما حكي عن بعضهم.

لا لما ذكر في جملة من الكتب[١] ممّا لا حاصل له، بل لما في الآية من عدم قدرته على شيء[٢]، المستدلّ بها ـ على ما قيل[٣] ـ في كثير من النصوص[٤] على منعه من تصرّف غير المال فضلاً عنه، فيعلم منها ـ مضافاً إلى ظهور اللفظ في نفسه ـ عدم اختصاص النفي بالمال، بل يكون ذلك هو الأصل فيه إلّا ما خرج.

وما ثبت في ذمّته قهراً ـ من عوض الإتلاف ونحوه ـ لا ينافي ذلك؛ ضرورة عدم كون ذلك من قدرته وإنّما هو من جعل الشارع، ولا أقلّ من الشكّ ـ لذلك ـ في تناول العمومات لمثله، فيبقى أصل بقاء الحقّ على حاله.

خلافاً للمحكي عن التذكرة[٥] والمختلف[٦] فيصحّ؛ للعمومات السالمة عن معارضة الملكيّة المقتضية للمنع من التصرّف المنافي لحقّ المولى؛ ضرورة أنّه على الصحّة يتبع به بعد العتق، وهو غير منافٍ لشيء من حقوق السيّد.

وفيه: أنّ نفي القدرة على شيء أعمّ من ذلك.

---

(١) كالمناهل: كتاب الضمان ص ١١٥.

(٢) سورة النحل: الآية ٧٥.

(٣) مفتاح الكرامة: الضمان بالمال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٧١.

(٤) وسائل الشيعة: باب ٤٣ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٢. وباب ٤٥ منها ح ١ ج ٢٢ ص ٩٩ و١٠١.

(٥) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في الضامن ج ١٤ ص ٢٩٧.

(٦) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٨.

نعم، إذا أذن له مولاه صحّ عندنا في محكيّ المبسوط[١]، بل قولاً واحداً في محكيّ التذكرة[٢]؛ للعمومات بعد معلوميّة وجود الذمّة له القابلة لذلك، بدليل ثبوت عوض ما أتلفه من المال فيها.

ج ٢٦ / ١١٥

إنّما الكلام: في تعلّق ذلك مع الإطلاق بكسبه كما عن أحد قولي الشافعيّة[٣] بل أُرسل القول به في جملة من كتب أصحابنا[٤]، وإن كنّا لم نتحقّقه.

أو في ذمّته ويتبع به بعد العتق، كما هو مقتضى قول المصنّف: ﴿ويثبت ما ضمنه في ذمّته لا في كسبه، إلّا أن يشترطه في الضمان بإذن مولاه﴾ بل هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه[٥] والشهيد في اللمعة[٦].

أو يكون على المولى ـ كما لو أذن له في الاستدانة لمصالح نفسه؛ إذ الضمان قسم منها ـ كما عن أبي علي[٧]، بل مال إليه في جامع

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٥، عبارته: «بلا خلاف».

(٢) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في الضامن ج ١٤ ص ٢٩٩.

(٣) حلية العلماء: ج ٥ ص ٤٩، المجموع: ج ١٤ ص ١١، المهذّب (للشيرازي): ج ١ ص ٣٤٧.

(٤) كالمبسوط: (تقدّم المصدر آنفاً)، ومسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٧٥، ورياض المسائل: الضمان / ضمان المال ج ٩ ص ٢٦٢، ومفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٧٣.

(٥) كتذكرة الفقهاء: ضمان المال / في الضامن ج ١٤ ص ٢٩٩، ومختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٩، وإرشاد الأذهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠١.

(٦) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الضمان ص ١٤٤.

(٧) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٨.

المقاصد[١] والمسالك[٢]، بل زاد الأوّل منهم أنّه «إذا كان السيّد معدماً بيع العبد وأدّى ثمنه في كفالته عن المعسر»[٣]، مع أنّ العبد لا يباع في الدين.

أو يتعلّق برقبته كأرش الجناية كما عن بعض الشافعيّة[٤]، بل في المحكي عن نسختين من التحرير ذلك[٥].

إلّا أنّ الظاهر إرادة ذمّته منها؛ لعدم الدليل على ذلك بعد حرمة القياس عندنا ومعلوميّة كون الضمان نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة.

كما أنّه لا يخفى عليك ما في سابقه؛ ضرورة كون البحث في الإذن من السيّد بالضمان على أن يكون الدين في ذمّة العبد، لا أنّه وكيل عنه في ذلك أو كالوكيل.

على أنّه فرق واضح بين إطلاق الإذن في المقام وبينه في الاستدانة المقتضية ملك العين المستدانة، على أن يملك صاحبها مثلها أو قيمتها في ذمّة المستدين، والعبد لا قابليّة له لذلك؛ لما حرّرناه[٦] من عدم ملكه لشيء، فلا وجه لإطلاق الاستدانة إلّا على السيّد حينئذٍ، بخلاف

(١) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣١٣.
(٢) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٧٦.
(٣) انظر «المختلف» قبل ثلاثة هوامش: ص ٤٦٨ ـ ٤٦٩.
(٤) المجموع: ج ١٤ ص ١١.
(٥) حكاه عن النسختين في مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٧٤، وهما مطابقتان لنسختنا من التحرير، انظرها: الضمان / في الضامن ج ٢ ص ٥٥٠.
(٦) في ج ٢٥ ص ٣٤٣...

المقام الذي لا ملك فيه .

فما في المختلف[١] وغيره[٢] : من بناء الحكم هنا على الحكم هناك ـ الذي لم يخالف في كونه على المولى إلّا النادر ـ في غير محلّه قطعاً .

فليس الشكّ حينئذٍ إلّا في القولين الأوّلين ، والأوّل منهما وإن كان لم نعرف القائل به من الأصحاب ، إلّا أنّه لا يخلو من قوّة إن كان المراد به عدم جواز منع السيّد له إذا أراد وفاء ذلك من كسبه ؛ باعتبار حصول الإذن منه في إثبات ذلك في ذمّته ، فيتعلّق به حينئذٍ خطاب وفاء الدين كما أنّه يتعلّق به خطاب مطالبة الديّان ؛ إمّا لاستفادة الإذن عرفاً في ذلك من الإذن في الضمان ، أو لترجيح أدلّة وفاء الدين والمطالبة به على ما دلّ على تسلّط السيّد على عبده ؛ باعتبار حصول الإذن منه المقتضية زوال الحجر عنه وصيرورته بها كالحرّ المعسر ـ مثلاً ـ الذي يجب عليه التكسّب في وفاء دينه ، أو لا يمنع من ذلك لو أراده . ↑ ج ٢٦ / ١١٦

ومن ذلك يظهر لك ما في جملة من الكلمات المذكورة في المسالك[٣] وغيرها[٤] ؛ حتّى ما ذكر[٥] دليلاً للمصنّف : من أنّ الإذن في الضمان أعمّ من الإذن في الوفاء من كسبه الذي هو أحد أموال السيّد ، بل أقصاها صيرورة ذمّة العبد قابلة لثبوت ذلك فيها ؛ إذ هو جيّد مع

(١) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٩.

(٢) كمسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٧٦.

(٣) المصدر السابق: ص ١٧٥ ـ ١٧٦.

(٤) كجامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣١٣ ـ ٣١٤.

(٥) انظر الهامشين السابقين.

تصريح المولى بذلك، أمّا مع الإطلاق فالمفهوم عرفاً تبعيّة خطاب الوفاء والمطالبة لها على الوجه الذي سمعته.

بل قد يستأنس له ـ في الجملة ـ: بثبوت الكفّارة عليه بالإذن له في الإحرام، وحرمة قطع الصلاة عليه بالإذن له بالدخول فيها ... ونحو ذلك ممّا يتبعه الحكم الشرعي بعد الإذن من السيّد في موضوعه وعنوانه.

هذا كلّه مع الإطلاق.

أمّا مع الاشتراط فلا إشكال بين من تعرّض لذلك في صحّته حينئذٍ وتعلّقه، ويكون كما لو شرط الضمان من مال بعينه، الذي أشار إليه المصنّف بقوله: ﴿وكذا لو شرط[1] أن يكون الضمان من مال معيّن﴾.

وإن كان لا يخفى عليك الفرق بين الموضوعين؛ ضرورة كون الثاني اشتراط كون الضمان في مال معيّن من أموال الضامن ـ وستسمع تحقيق الحال ـ بخلاف المقام، فإنّ الكسب ليس من أموال العبد، والفرض أنّ الضمان في ذمّته، فهو حينئذٍ نحو الضمان في مال الغير بإذن الغير، وقد يستشكل في صحّته. اللّهمّ إلّا أن يجعل كإرهان مال الغير بإذنه.

على أنّ الكسب ليس مالاً موجوداً في الخارج، وإنّما هو متجدّد آناً فآناً، ويمكن عدم حصوله أصلاً.

---

(١) في نسخة الشرائع: شرطه.

فالأوجه حينئذٍ: جعل هذا الشرط على إرادة الإذن من السيّد في وفاء ما ضمنه من كسبه ورفع الحجر عنه في ذلك.

وحينئذٍ فلو أُعتق العبد قبل إمكان تجدّد شيء من الكسب لم يكن إشكال في بقاء الحقّ عليه، فيجب عليه أداؤه من كسبه أو من غيره من المال الذي يحصل له.

لكن في المسالك: «هل يبقى التعلّق به بعد العتق، أم يبطل الضمان لفوات المحلّ المعيّن لأداء المال؛ لانصراف الإطلاق إلى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات؟».

«الظاهر من كلامهم الأوّل، فإنّ ذلك هو معنى[1] فإذا أُعتق صار كسبه وما في يده سواء، ومع ذلك لا يسمّى في اصطلاح الشرع كسباً وإن أُطلق عليه لغةً». ↑ ج ٢٦ / ١١٧

«لكن يشكل على هذا صحّة اشتراطه في كسبه حال عبوديّته؛ لأنّ السيّد لا حقّ له فيه فلا مدخل لإذنه فيه، والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء».

«إلّا أن يقال: بصحّة ضمانه بغير إذن سيّده ـ كما مرّ ـ فهنا أولى»[2].

قلت: ما استظهره من كلامهم كذلك، وهو دليل على إرادة ما ذكرناه من الشرط المزبور، لا أنّه من قبيل الضمان في مال بعينه؛ وإلّا لاتّجه

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: الكسب.

(٢) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٧٦.

فيه ما تسمعه من الكلام في ذلك.

ثمّ قال: «ويتفرّع على ذلك: ما لو مات العبد قبل إمكان الأداء، فهل يلزم المولى الأداء لما بقي؟ يحتمله؛ لأنّ إذنه له في الضمان في كسبه كإذنه في الضمان في مال بعينه من أمواله، فإذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمّة صاحب المال على الخلاف. ولو قلنا بعدم عوده إليه فلا إشكال».

«ويحتمل عدم لزومه للمولى وإن قلنا به ثمّة؛ لأنّ الكسب ليس كمحض مال السيّد، بل حقّ له، ولهذا قيل: لو أُعتق بقي متعلّقاً بكسب المعتق، فدلّ على أنّه لم يتعلّق بالمولى محضاً».

«وليس في كلام الأصحاب هنا ما يدلّ على شيء، وإن كان الأوجه ابتناءه على مسألة تعيين الأداء من مال بعينه»[1].

وهو من غرائب الكلام؛ إذ المفروض أنّ العبد هو الضامن لا المولى، فأيّ وجهٍ لاحتمال عود الضمان إلى المولى بموت العبد. نعم يتوجّه ضياع المال على صاحبه، إلّا إذا أراد استيفاءه من الحقوق نحو الضامن المعسر، كما هو واضح.

ولو فرض المقام على وجهٍ يكون كاشتراط الضمان من مال بعينه لم يكن بدّ من إجراء ما تسمعه فيه، ولا معنى حينئذٍ لدعوى ظهور كلامهم في بقاء التعلّق مع العتق.

وأمّا الكلام في اشتراط الضمان في مال بعينه فلا أجد خلافاً[2]

---

(١) المصدر السابق.

(٢) كما في رياض المسائل: كتاب الضمان ج ٩ ص ٢٦٢.

في صحّته ؛ لعموم : «المؤمنون ...»[١] وغيره ، ويتعلّق حقّ الدين المضمون به .

لكن في المسالك[٢] وغيرها[٣] : «هل هو تعلّق الدين بالرهن ، أو تعلّق الأرش بالجاني؟ وجهان ، مأخذهما : أنّ الضمان ناقل للدين إلى ذمّة الضامن ؛ لأنّ موضعه إنّما هو الذمّة ، وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة الآن فيه ؛ لأنّ مقتضى الضمان ابتداءً التعلّق بها ، وأنّ الضامن لم يشغل ذمّته على الإطلاق ، وإنّما حصر الاستحقاق في المال ↑ المعيّن وجعله متعلّق حقّ المضمون له ، فينحصر حقّه فيه ابتداءً من غير ج ٢٦ / ١١٨ تعلّق بالذمّة» .

«وتظهر الفائدة في أُمور ، منها : التلف بغير تفريط ؛ فعلى الأوّل ينتقل إلى ذمّة الضامن ؛ لأنّ تلف الرهن لا يسقط الحقّ ، وعلى الثاني إلى ذمّة المضمون عنه ؛ لأنّ فوات العبد الجاني إنّما يسقط الحقّ عن مالكه ، ومالك المال هنا هو الضامن فيسقط عنه» .

«وأمّا المضمون عنه فانتقال المال عن ذمّته ليس انتقالاً تامّاً ؛ لأنّه لم يتعلّق بذمّة ، وإنّما تعلّق بمالٍ تعلّقاً ضعيفاً ، فإذا فات عاد إلى ما كان» .

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣١ المهور ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ٢١ ص ٢٧٦، تلخيص الحبير: ج ٨ ص ٣٣٩، كشّاف القناع: ج ٤ ص ٧٣، كشف الخفاء: ذيل ح ٢٣٠٢ ج ٢ ص ٢٠٩، عمدة القاري: ج ١٢ ص ٩٤.

(٢) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٧٧.

(٣) كجامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

«مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين على التقديرين : أمّا عن الضامن فلأنّه لم يقدم على الضمان إلّا في ذلك المال ولم يلتزم الأداء من غيره ؛ عملاً بالشرط وقد فات ، فيبطل الضمان ويعود إلى ذمّة المضمون عنه» .

«وأمّا احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلّقه كالجاني ، فلأنّ الضمان لمّا كان ناقلاً برئت ذمّة المضمون عنه بالضمان كيف كان ، فلم يبق للمضمون له عليه حقّ ، ولا الضامن إلّا بما أدّى ولم يحصل» .

لكن لا يخفى عليك ما في أصل الاحتمال الثاني ؛ ضرورة عدم صلاحيّة الضمان لإثبات مثل هذا التعلّق بعد أن كان هو نقل الدين من ذمّة إلى أُخرى ، وكذا الشرط الذي هو بمعنى الإلزام .

وعلى تقديره فلا وجه لاحتمال عوده إلى ذمّة المضمون عنه بعد انتقاله عنها إلى المال المخصوص . وإنّما المتّجه أن يقال : إنّ هذا الشرط إمّا أن يكون من المضمون له أو الضامن أو منهما :

فإن كان الأوّل : تخيّر مع تلفه في فسخ الضمان والعود إلى المضمون عنه ، وعدمه وإلزام الضامن الأداء من غيره .

وإن كان الثاني : تخيّر الضامن .

وإن كان الثالث : تخيّر كلّ منهما ؛ على قاعدة فوات الشرط في غير هذا العقد من العقود اللازمة ؛ إذ هو ـ بناءً على ما ذكرناه من عدم مشروعيّته بالمعنى المزبور ـ لا معنى له إلّا اشتراط الأداء من المال

المخصوص.

ويمكن رجوع ما عن التذكرة ـ من الرجوع على الضامن مع التلف مطلقاً[1] ـ إلى ما قلناه بناءً على عدم اختياره الفسخ، كما أنّ ما عن الشهيد في بعض فتاواه من اختيار بطلان الضمان[2] كذلك على معنى اختياره الفسخ.

بل هو أولى ممّا في المسالك من أنّه «يمكن دفع المنافاة بين التعلّق ↑ ج ٢٦ / ١١٩
بالذمّة والمال المعيّن مع الحكم بالبطلان على تقدير تلفه: بأن يجعل التعلّق بالذمّة مشروطاً بالأداء من المال عملاً بمقتضى الشرط، أو يجعل هذا تعلّقاً برأسه خارجاً عن التعلّقين؛ إذ لا دليل على الانحصار فيهما، وإنّما هو من مناسبات الشافعيّة. وحينئذٍ فيجعل التعلّق مخصوصاً بالعين وفاءً بالشرط، فإنّ التزام المال من غير المعيّن لم يتعلّق به قصد الضامن ولا دلّ عليه لفظ»[3].

إذ هو كما ترى بعد ما ذكرنا، مضافاً إلى معلوميّة أنّ تعذّر الشرط في العقود اللازمة إنّما يقتضي انتفاء اللزوم لا الصحّة وإلّا كان تعليقاً، كما هو محرّر في محلّه.

فالتحقيق ما ذكرناه، ولا ينافيه دعوى عدم قابليّة عقد الضمان للخيار كالنكاح والوقف ونحوهما؛ إذ هي مجرّد دعوى لا سند لها، بل

---

(١) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في اللواحق ج ١٤ ص ٣٨٢.

(٢) نقله عنه في مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٧٨.

(٣) المصدر السابق.

مقتضى العمومات خلافها.

وبذلك كلّه ظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه من كلامه ومن تبعه، بل وفيما لم نذكره، فلاحظ وتأمّل.

وحينئذٍ فلا ريب في إكمال الضامن مع نقصان المال الذي تعلّق الضمان به، كما أنّه لا ريب في كونه المطالب بتحويله إلى جنس الحقّ؛ لما عرفت من كون المال في ذمّته، وهو المخاطب بأدائه من هذا المال.

ومن الغريب احتمال عدم ضمانه النقصان، كاحتمال براءة ذمّة الضامن والمضمون عنه بتعذّر المال المشترط فيه الضمان المتقدّم سابقاً؛ إذ هما منافيان للأُصول والضوابط.

ثمّ لا يخفى عليك: أنّ اقتصار المصنّف على المملوك ـ في التفريع على ما ذكره من جواز التصرّف ـ مشعر بجواز الضمان من المفلّس بل والسفيه، وأنّهما ليسا ممنوعين منه، بل هما جائزا التصرّف بالنسبة إليه.

وهو كذلك في المفلّس، وإن كان لا يشارك المضمون له الغرماء.

أمّا السفيه فقد أطلق غير واحد: عدم جواز ضمانه[1]؛ لأنّه تصرّف ماليّ كالإقراض والهبة، وهو كذلك.

لكن ربّما احتمل[2] الجواز برضا المضمون له على أن يتبعه به بعد

---

(١) تحريرالأحكام: الضمان / في الضامن ج ٢ ص ٥٥٠، مجمع الفائدةوالبرهان: الديون / في الضمان ج ٩ ص ٢٨٥، رياض المسائل: كتاب الضمان ج ٩ ص ٢٦٠.

(٢) استفيد من قول العلّامة: «والسفيه بعد الحجر كالمملوك» وقضيّته أنّه يمكن القول ←

فكّ الحجر.

لكنّه كما ترى؛ ضرورة أنّه مع الحجر عليه لا تقبل ذمّته ذلك على وجهٍ يكون من ديونه، بحيث يتعلّق بتركته بعد موته مثلاً؛ وإلّا لجاز بيعه كذلك كما هو واضح، والله العالم. ↑ ج ٢٦ / ١٢٠

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لا يشترط علمه﴾ أي الضامن ﴿بـ﴾ ـاسم ﴿المضمون له﴾ ونسبه ﴿ولا المضمون عنه﴾ كذلك، كما في الخلاف(1) والغنية(2) والتحرير(3) والإرشاد(4) والمختلف(5) وجامع المقاصد(6) والمسالك(7) والروضة(8) والكفاية(9) والمفاتيح(10) والرياض(11) على ما حكي عن بعضها، بل نسبه بعضهم إلى الأكثر(12)، بل في محكيّ

← بالصحّة ويتبع به بعد فكّ الحجر. انظر قواعد الأحكام: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٦، ومفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٧٧.

(١) الخلاف: الضمان / مسألة ١ ج ٣ ص ٣١٣.

(٢) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦١.

(٣) تحريرالأحكام: الضمان / باقي أركانه ج ٢ ص ٥٥٧.

(٤) إرشاد الأذهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠١.

(٥) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٥٥ و٤٥٦ (يستفاد من مجموع كلماته كما يشير إليه لاحقاً).

(٦) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣١٨.

(٧) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٧٩.

(٨) الروضة البهيّة: كتاب الضمان ج ٤ ص ١١٤ و١١٨.

(٩) كفاية الأحكام: ضمان المال / في الضامن ج ١ ص ٥٩٣.

(١٠) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٢٦ ج ٣ ص ١٤٣.

(١١) رياض المسائل: كتاب الضمان ج ٩ ص ٢٦٧.

(١٢) جامع المقاصد: (تقدّم المصدر آنفاً).

التذكرة: «لو ضمن الضامن عمّن لا يعرفه صحّ ضمانه عند علمائنا»[١].

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه[٢] وتبعه المقداد في المحكي عن تنقيحه[٣]: ﴿يشترط﴾ علمه بذلك؛ لحصول المعاملة بين الضامن وبينه، فافتقر إلى معرفته؛ للحاجة، وللغرر والضرر بدون ذلك، ولينظر هل يستحقّ ذلك عليه أو لا، ولأنّه إحسان ولابدّ من معرفة محلّه؛ وإلّا لجاز وضعه في غير أهله فلا يستفيد إلّا محمدة اللئام[٤].

﴿و﴾ لا ريب في أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، التي منها العمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي ذلك؛ ضرورة عدم اقتضاء المعاملة بينهما المعرفة المزبورة، كالبيع والإجارة وغيرهما. ولا نهي عن الغرر المزبور الذي قد أقدم عليه الضامن. والنظر في استحقاق ذلك ـ لو سلّمنا اعتباره ـ لا يقتضي اعتبار المعرفة المزبورة، على أنّه يمكن معلوميّته بدونها. والأخير لا يستأهل جواباً.

كلّ ذلك، مضافاً إلى المنقول من ضمان أمير المؤمنين عليه السلام الدرهمين عن ميّت امتنع رسول الله صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه[٥]، وضمان

---

(١) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٦.

(٢) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٣.

(٣) التنقيح الرائع: كتاب الضمان ج ٢ ص ١٨٦.

(٤) إشارة إلى قول أميرالمؤمنين عليه السلام في نهج البلاغة: الخطبة ١٤٢ ص ٦١.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الضمان ح ٢ ج ١٨ ص ٤٢٤، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٧٣، المصنّف (لابن أبي‌شيبة): ح ٢ ج ٣ ص ٢٤٩، معرفة السنن والآثار: ح ٣٦٦٥ ج ٤ ص ٤٧٢، مسند عبدالحميد: ح ١٠٨٣ ج ٣ ص ٢٠٢، سنن الدارقطني: ح ١٩٤ ج ٣ ص ٤٦.

[أبي][1] قتادة الدينارين عن آخر كذلك[2].

﴿لكن لابدّ أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصحّ معه القصد إلى الضمان عنه﴾ بلا خلاف ولا إشكال ؛ ضرورة عدم العبرة بالقصد إلى ضمان المبهم المتردّد في الواقع ، لعدم الدليل عليه ، بل ظاهر الأدلّة خلافه ، بل لعلّه من المقطوع به .

إلّا أنّه أشكله في المسالك : «بمنع توقّف القصد على ذلك ، فإنّ المعتبر القصد إلى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له ـ مثلاً ـ في الذمّة ، وذلك غير متوقّف على معرفة من عليه الدين ، ↑ ج ٢٦ / ١٢١
فالدليل إنّما دلّ على اعتبار القصد في العقد لا فيمن كان عليه الدين . فلو قال شخص مثلاً : إنّي أستحقّ في ذمّة شخص مائة درهم ، فقال له آخر : ضمنتها لك ، كان قاصداً إلى عقد الضمان عن أيّ من كان عليه الدين ، ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك»[3] .

وفيه : أنّك قد عرفت كون المراد الامتياز عند الضامن على وجهٍ لا يكون مبهماً بحيث لا يصحّ معه القصد إلى الضمان ، كما لو قال : «ضمنت لك أحد دينيك» مثلاً ، فلا يرد المثال الذي ذكره ؛ لأنّه من الممتاز على وجهٍ يصحّ للضامن قصده وإن لم يكن معلوماً له بعينه .

---

(١) ساقطة من النسخ، ويأتي ذكره بهذا العنوان في ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٢) وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الضمان ح ٣ ج ١٨ ص ٤٢٤، سنن أبي داود: ح ٣٣٤٣ ج ٣ ص ٢٤٧، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٧٣، كنزالعمّال: ح ١٥٥٤٠ ج ٦ ص ٢٤٥، سنن الدارقطني: ح ٢٩٣ ج ٣ ص ٧٩.

(٣) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٨٠.

نعم، لو أراد الضامن الضمان عمّن هو متشخّص عنده لم يكتف بذلك قطعاً.

وإلى ما ذكرنا يرجع ما عن التذكرة حيث قال: «وهل يشترط معرفة ما يميّزه عن غيره؟ الأقرب العدم، بل لو قال: ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس جاز[١]. نعم، لابدّ من معرفة المضمون عنه بوصف يميّزه عند الضامن بما يمكن معه القصد إلى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن أيّ من كان»[٢].

فمن الغريب ما في المسالك: من دعوى موافقة هذا الكلام من التذكرة لما اختاره لا لما ذكره المصنّف[٣]، وهو ـ عند التأمّل الصادق ـ عين ما في المتن.

وأغرب من ذلك: ما وقع من بعضهم من أنّه «بناءً على اعتبار القبول لفظاً ـ كما عليه الأكثر وإن لم يصرّحوا به؛ لمكان تصريحهم بأنّه عقد لازم ـ اقتضى ذلك تمييزه لا أزيد من ذلك. وإن لم نعتبره ـ كما يدلّ عليه واقعة الميّت المديون الذي امتنع النبيّ صلى الله عليه وآله من الصلاة عليه حتّى ضمنه عليّ عليه السلام[٤] ـ لم يعتبر علمه بوجه. وهذا هو الظاهر من عبارة المصنّف؛ حيث اعتبر رضاه ولم يعتبر فيه عقداً ولا قبولاً مخصوصاً

---

(١) في المصدر بعدها إضافة «على إشكال».

(٢) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٦.

(٣) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٨٠.

(٤) تقدّم في ص ٢٤٤.

ولا امتيازه هنا ، مع اعتباره امتياز المضمون عنه»[١].

إذ لا يخفى عليك أنّه لا إشكال في اعتبار القبول فيه ؛ لأنّه لا إشكال في كونه من العقود ، ولكنّ ذلك لا يقتضي المعرفة المزبورة ، فيصحّ حينئذٍ ضمانه له وإن لم يشخّصه وإن حصل القبول منه . نعم ، لابدّ ج ٢٦ / ١٢٢
من الامتياز الذي ذكرناه المقابل بالإبهام .

ولعلّ اقتصار المصنّف على ذكره في المضمون عنه للاكتفاء عنه في المضمون له بذكره سابقاً أنّه من العقود ، ولا ريب في اقتضائها ذلك قطعاً في أركانها التي منها المضمون له ، وبما يذكره الآن من اعتبار رضاه المحتمل أو المظنون أو المقطوع إرادة القبول منه المتوقّف على التمييز المزبور قطعاً .

بل لابدّ فيه من نظم العقد حينئذٍ بالاتّصال والعربيّة ، بل والماضويّة والصراحة الوضعيّة ـ بناءً على اعتبارهما ـ وغير ذلك ممّا يعتبر في العقد اللازم .

وإن كان الذي قدّمناه سابقاً التوسعة عندنا في لفظ إيجابه وقبوله وأنّه يكفي كلّ ما دلّ على ذلك على حسب غيره من الخطابات من غير فرق بين الحقيقة والمجاز والماضويّة ... وغيرها ، وقد أشبعنا الكلام فيه ، والمقام أحد أفراده .

وبذلك كلّه بان الكلام في جميع أطراف المسألة ، وإن ذكر في

---

(١) الهامش قبل السابق: ص ١٧٩ ـ ١٨٠.

الرياض أنّ فيها أقوالاً أربعة، قال:

«وفي اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب كما عن المبسوط، أو بما يتميّزان به عن الغير خاصّة كما في اللمعة، أو العدم مطلقاً كما عن الخلاف وفي الغنية وهو ظاهر العبارة وصريح الشرائع والفاضل فيما عدا المختلف والمسالك والروضة، أو يعتبر معرفة الأوّل بما يتميّز خاصّة دون الثاني كما في المختلف، أقوال أربعة أجودها ثالثها»[١] انتهى.

لكن لا يخفى عليك ما فيه ـ بل وما في مختاره ـ بعد الإحاطة بما ذكرناه، كما أنّه لا يخفى ما في حكايته عن المختلف بعد ملاحظة آخر كلامه، بل ولا ما في تحريره الخلاف المزبور على الوجه المذكور، بل لولا شهرة حكاية الخلاف عن المبسوط لأمكن حمله ـ بقرينة تعليله ـ على إرادة معلوميّة الحقّ، وهو غير ما نحن فيه.

﴿و﴾ كيف كان، فلا إشكال بناءً على ما عرفت في أنّه ﴿يشترط رضا المضمون له﴾ في صحّة الضمان، بل لا خلاف معتدّ به أجده فيه، بل في محكيّ التحرير[٢] والغنية[٣]: الإجماع عليه.

وهو الحجّة، بعد:

↑ ج ٢٦ / ١٢٣ الأُصول المقتصر في الخروج عنها على الضمان برضا المضمون له.

وصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يموت وعليه

---

(١) رياض المسائل: كتاب الضمان ج ٩ ص ٢٦٧.

(٢) تحريرالأحكام: الضمان / في باقي أركانه ج ٢ ص ٥٥٧.

(٣) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

دين، فيضمنه ضامن للغرماء؟ فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمّة الميّت»[١].

وفي الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام: «وإن كان لك على رجل مال، وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه، فالميّت قد برئ، وقد لزم الضامن ردّه»[٢].

مضافاً: إلى ما في انتقال الدين من ذمّة المديون إلى أُخرى بدون رضا الديّان من الفساد وضياع حقوق الناس، المعلوم ضرورةً من الشريعة خلافه.

وإلى ما يشعر به ما تسمعه من خبر عبدالله بن الحسن[٣] ... وغير ذلك.

فما عساه يظهر ممّا عن الخلاف من أنّ «اعتبار رضاه أولى»[٤] ـ من الخلاف في ذلك ـ واضح الفساد.

وأغرب من ذلك: الاحتجاج[٥] له بضمان أمير المؤمنين عليه السلام[٦]

(١) الكافي: المعيشة / باب أنّه إذا مات الرجل ح ٢ ج ٥ ص ٩٩، تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨١ الديون وأحكامها ح ١٧ ج ٦ ص ١٨٧، وسائل الشيعة: باب ٢ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٢٢.

(٢) فقه الرضا عليه السلام: باب ٤٢ الدين والقرض ص ٢٦٨، مستدرك الوسائل: باب ١٤ من أبواب الدين والقرض ح ٢ ج ١٣ ص ٤٠٤.

(٣) يأتي في ص ٢٥٩.

(٤) الخلاف: الضمان / مسألة ٢ ج ٣ ص ٣١٣.

(٥) المصدر السابق: ص ٣١٤.

(٦) تقدّم في ص ٢٤٤.

وأبي قتادة[١] الدين عن الميّت، ولم يسأل النبيّ صلى الله عليه وآله عن رضا المضمون له. الذي هو ـ بعد الغضّ عن سند روايته ـ لا دلالة فيه على ذلك، بل لعلّه دالّ على خلافه؛ ضرورة اشتماله على وقوع الضمان الذي هو عبارة عن الإيجاب والقبول من المضمون له، والإيجاب وحده ليس بضمان.

فلا حاجة حينئذٍ إلى الجواب[٢] بـ:

أنّها واقعة لا عموم فيها.

وبأنّ ذلك إنّما يدلّ على عدم البطلان قبل علمه وردّه، ونحن نقول بموجبه؛ لأنّه صحيح ولكن لا يلزم إلّا برضا المضمون له.

وبأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قد قبل لأنّه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

وبحصول إذن الفحوى من المضمون له.

وبغير ذلك ممّا لا يخفى عليك ما فيه بعد معلوميّة امتناع النبيّ صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه من جهة شغل ذمّته وأنّها برئت بالضمان فصلّى، والضمان الفضولي لا يفيده براءة فعليّة، وأنّ ولاية النبيّ صلى الله عليه وآله في غير قبول العقود، والفحوى لا تكفي في تحقّق البراءة فعلاً. فالتحقيق حينئذٍ في الجواب ما عرفت.

ج ٢٦ / ١٢٤

---

(١) تقدّم في ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

(٢) ذكرت هذه الأجوبة متوزّعة في مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٥٧، ومفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٩٣.

وأغرب من ذلك: الاستدلال[١] له بموثّق إسحاق بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت، فيقول وليّه: عليَّ دينك؟ قال: يبرئه ذلك وإن لم يوفّه وليّه من بعده، وقال: أرجو أن لا يأثم، وإنّما إثمه على الذي يحبسه»[٢].

الذي هو مطلق محمول على المقيّد.

وبموثّق الحسن بن الجهم: «سألت أبا الحسن عليه السلام: عن رجل مات وله عليَّ دين، وخلّف ولداً رجالاً ونساءً وصبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حلّ ممّا لأبي عليك من حصّتي وأنت في حلّ ممّا لإخوتي وأخواتي، وأنا ضامن لرضاهم عنك؟ قال: تكون في سعة من ذلك وحلّ. قلت: وإن لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه. قلت: فإن رجع الورثة عليَّ فقالوا: أعطنا حقّنا؟ فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأمّا بينك وبين الله تعالى فأنت في حلّ منها إذا كان الرجل الذي أحلّك يضمن رضاهم. قلت: فما تقول في الصبي لأُمّه أن تحلّل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه. قلت: فإن لم يكن لها مال؟ قال: فلا. قلت: فقد سمعتك تقول: إنّه يجوز تحليلها؟! فقال: إنّما أعني بذلك إذا كان لها مال ...»[٣].

---

(١) استدلّ بالخبر الأوّل في كفاية الأحكام: ضمان المال / في الضامن ج ١ ص ٥٩٣، وبالخبرين الأخيرين في الحدائق الناضرة: الضمان / في الضامن ج ٢١ ص ١١ ـ ١٢.

(٢) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨١ الديون وأحكامها ح ٢٢ ج ٦ ص ١٨٨، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب الدين ح ٢ ج ١٨ ص ٣٤٦.

(٣) الكافي: الوصايا / باب من أوصى وعليه دين ح ٧ ج ٧ ص ٢٥، تهذيب الأحكام: ←

وصحيح حبيب الخثعمي عن أبي عبدالله عليه‌السلام: «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة، يأخذ منه بغير إذن صاحبه؟ قال: لا يأخذ إلّا أن يكون له وفاء. قال: قلت: أرأيت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم»[1].

الذي لا يخفى عليك مخالفة ظاهر الأوّل للإجماع؛ باعتبار اشتماله على الإبراء من دون إذنهم وإنّما ضمن رضاهم، وهو ليس من الضمان المصطلح.

وتأويله[2] بالضمان من دون رضاهم، ليس بأولى من ضمانه برضاهم ولكن لا بيّنة له على ذلك، فكان في الحكم الظاهر لهم مطالبته مع إنكارهم لذلك. ↑ ج ٢٦ / ١٢٥

وأمّا الثاني فليس دالاً إلّا على جواز الأخذ من الوديعة إذا لم يكن له مال وكان قد تعهّد له شخص بوفاء ذلك عنه، ولا ريب أنّه خارج عمّا نحن فيه ومحمول على إذن المودع بذلك.

فمن الغريب وسوسة بعض متأخّري المتأخّرين[3] في الحكم المزبور لذلك، ممّا هو غير صالح لمعارضة بعض ما عرفت، خصوصاً

← الوصايا / باب ٥ الإقرار في المرض ح ٢٨ ج ٩ ص ١٦٧، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٢٥.

(١) من لايحضره الفقيه: المعيشة / باب الوديعة ح ٤٠٩٠ ج ٣ ص ٣٠٤، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٦ الوديعة ح ٥ ج ٧ ص ١٨٠، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب الوديعة ح ١ ج ١٩ ص ٨٦.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: الضمان / في الضامن ج ٢١ ص ١١.

(٣) كالبحراني في الحدائق: (المصدر السابق: ص ١٢).

بعد كون المسألة من قطعيّات الفقه وضروريّاته، بل لعلّ الوسوسة فيها جهل بمذاق الفنّ ومذاق الشرع.

بل قد عرفت أنّه لابدّ من رضا المضمون له بعنوان القبول الذي يتمّ به العقد؛ لما عرفت من المفروغيّة عن كون الضمان عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول، بل لابدّ فيهما من جميع ما هو معتبر في العقود اللازمة من الاتّصال والعربيّة ... وغيرهما.

نعم، يقوى عندنا ـ فيه وفي غيره من العقود اللازمة ـ عدم اعتبار لفظ مخصوص ولا هيئة مخصوصة، بل كلّ ما أفاد إنشاء ذلك ولو بالجملة الاسميّة أو بالمجاز ... أو نحو ذلك، كما أوضحناه في البيع وغيره.

ومنه يعلم حينئذٍ تحقّق عقد الضمان بنحو: «عليَّ دين زيد» أو «عندي ...» أو نحوهما ممّا يقصد به إنشاء التعهّد بذلك، وقرنه القبول من المضمون له.

فما عن الإيضاح[1] والمقدّس الأردبيلي[2]: من اعتبار الرضا دون القبول العقدي؛ لأنّه التزام أو إعانة للمضمون عنه وتوثيق للمضمون له، وليس هو على قواعد المعاملات.

واضح الضعف، كقول العلّامة في القواعد: «وفي اشتراط قبوله

---

(١) إيضاح الفوائد: الضمان بالمال / في أركانه ج ٢ ص ٨٤.

(٢) مجمع الفائدةوالبرهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ٩ ص ٢٨٨.

احتمال»[١]؛ إذ الجميع كما ترى، ضرورة عدم منافاة التوثيق ﴿و﴾ نحوه للعقديّة؛ إذ هو حينئذٍ كالرهن، بل أولى؛ لما فيه من انتقال المال من ذمّة إلى ذمّة اُخرى. على أنّ الأصل عدم ترتّب شيء عليه إذا لم يكن بصورة العقد.

نعم ﴿لا عبرة برضا المضمون عنه﴾ بلا خلاف أجده فيه[٢]، بل الإجماع بقسميه عليه[٣] ﴿لأنّ الضمان كالقضاء﴾ للدين المعلوم عدم اعتبار الرضا فيه، ولإطلاق الأدلّة وعمومها، ولما سمعته[٤] من واقعة ضمان أميرالمؤمنين عليه السلام ﴿و﴾ غيره عن الميّت.

بل ﴿لو أنكر﴾ وأبى ﴿بعد الضمان لم يبطل على الأصحّ﴾ ↑
للأصل وغيره من الأدلّة التي سمعتها. ج ٢٦ / ١٢٦

خلافاً لما في النهاية، قال: «ومتى تبرّع الضامن من غير مسألة المضمون عنه، وقبل المضمون له، فقد برئ المضمون عنه، إلّا أن ينكر ذلك ويأباه فيبطل ضمان المتبرّع، ويكون الحقّ على أصله لم ينتقل عنه بالضمان»[٥]. وربّما تبعه عليه غيره[٦].

---

(١) قواعد الأحكام: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٧.

(٢) كما في رياض المسائل: كتاب الضمان ج ٩ ص ٢٦٦.

(٣) انظر تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٤، وجامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣١٧، ومسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٨١، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٢٦ ج ٣ ص ١٤٣.

(٤) في ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

(٥) النهاية: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٣٦ ـ ٣٧.

(٦) كابن حمزة في الوسيلة: بيان الضمان ص ٢٨٠.

لكن لم نجد له دليلاً، بل ظاهر الأدلّة خلافه وأنّه لا عبرة برضاه ولا ردّه وإباؤه مانع، سواء كان ذلك قبل الضمان أو بعده.

وممّا سمعته من النهاية يعلم إرادة ما فسّرناه من الإنكار في عبارة المتن، لا جحود ضمان الضامن الذي قد يفرض اعترافه بالضمان، على أنّه لا وجه لاحتمال بطلان الضمان بذلك.

﴿و﴾ كيف كان، فـ ﴿مع تحقّق الضمان﴾ الجامع لشرائط الصحّة ﴿ينتقل المال إلى ذمّة الضامن ويبرأ المضمون عنه، و﴾ حينئذٍ ﴿تسقط المطالبة﴾ من المضمون له ﴿عنه﴾ لعدم الحقّ له في ذمّته، بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا[1] ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه[2]، بل لعلّه من ضروريّات الفقه.

نعم، قد عرفت[3] مخالفة الجمهور في ذلك ـ باعتبار أنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّة إلى ذمّة أُخرى ـ وبطلانه.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿لو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن﴾ من هذه الحيثيّة ﴿على قول مشهور لنا﴾ بل مجمع عليه بيننا؛ ضرورة عدم المحلّ للبراءة المزبورة بعد ما عرفت من براءة ذمّته

---

(١) كما في كفاية الأحكام: ضمان المال / في الضامن ج ١ ص ٥٩٣.

(٢) ينظر غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦١، ونهج الحقّ: في الحجر وتوابعه / مسألة ١٥ ص ٤٩٤، ومسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٨٢، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٢٩ ج ٣ ص ١٤٥.

(٣) في ص ٢٢٧.

بالضمان عندنا ، وإنّما محلّها حينئذٍ ذمّة الضامن ، فإذا أبرأه برئا معاً وإن كان الضمان بالإذن ؛ لعدم استحقاق الرجوع عليه إلّا بالأداء الذي قد انتفى محلّه بالإبراء ، فينتفي الحقّ عنه للضامن الذي قد فرضنا براءة ذمّته من المضمون له .

نعم ، قد يقال باستفادة براءة ذمّة الضامن من براءة ذمّة المضمون عنه وإن لم يكن لها محلّ ؛ باعتبار ظهور ذلك في إرادة رفع اليد عمّن هو عليه وإن كان متعلّقها المضمون عنه .

إلّا أنّ ذلك لو سلّم فهو خروج عمّا نحن فيه ؛ ضرورة كون المراد من الحيثيّة المزبورة ، لا من حيث دعوى دلالة العرف على إرادة البراءة للضامن أيضاً ، مع أنّها واضحة المنع على مدّعيها مع عدم القرائن .

وكلّ ذلك تفريع على مذهبنا .

أمّا على مذهب الجمهور فلا إشكال في صحّة البراءة المزبورة ؛ لأنّ الحقّ باقٍ عندهم . ↑ ج ٢٦ / ١٢٧

بل المحكي عنهم : أنّ براءة ذمّة الضامن لا تقتضي براءة ذمّة المضمون عنه ، بخلاف العكس[١] ؛ لأنّها من قبيل الوثيقة عند الديّان فتلفها لا يقتضي سقوط الحقّ ، بخلاف براءة ذمّة المضمون عنه فإنّها تقتضي براءة ذمّة الضامن التي هي وثيقة على ذمّة المضمون عنه المفروض براءتها ، فتفكّ حينئذٍ الوثيقة .

---

(١) الشرح الكبير: ج ٥ ص ٧٣.

وهي ـ كما ترى ـ قياس واستحسان وتحدّس لا يوافق أُصول الشريعة وقواعدها .

ولعلّ قول المصنّف : «على قول مشهور لنا» إشارة إلى ما ذكرناه من الاحتمال لا لوجود خلاف في المسألة ؛ إذ قد عرفت أنّها من قطعيّات فقه الشيعة أو ضروريّاته .

﴿و﴾ كيف كان ، فلا خلاف عندنا[1] في أنّه ﴿يشترط فيه﴾ أي في لزوم الضمان ﴿الملاءة أو العلم﴾ من المضمون له ﴿بالإعسار﴾ والرضا به ، بل عن ظاهر الغنية : الإجماع[2] ، والسرائر : نسبته إلى أصحابنا[3] ، وجامع المقاصد : «ظاهرهم أنّ هذا الحكم موضع وفاق»[4] .

ولعلّ ذلك ـ مضافاً إلى قاعدة الضرر ، وبناء الضمان على الارتفاق وإرادة الأداء ، وما عساه يشعر به ذيل خبر ابن الجهم المتقدّم[5] ، وما تسمعه[6] من النصوص في الحوالة الدالّة على ذلك ، وهي أُخت الضمان ـ دليل الحكم المزبور .

وحينئذٍ فإذا كان الضامن مليّاً أو معلوم الإعسار عند المضمون له ،

(١) كما في رياض المسائل: كتاب الضمان ج ٩ ص ٢٦٩.

(٢) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

(٣) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٤.

(٤) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣١٢.

(٥) في ص ٢٥١.

(٦) في ص ٣٢٦.

لزم بالضمان بلا خلاف ولا إشكال.

﴿أمّا لو ضمن ثمّ بان إعساره، كان للمضمون له فسخ الضمان والعود على المضمون عنه﴾.

قيل: «وليس هو كالبيع إلى أجل ـ مثلاً ـ فبان إعساره؛ للفرق الواضح بينهما بالنسبة إلى الأداء»[1].

لكنّ ذلك إذا كان معسراً حال الضمان، أمّا إذا تجدّد فلا خيار؛ لأصالة اللزوم.

بل قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتّى تجدّد يساره؛ للأصل أيضاً.

ولا ينافي الخيار المزبور سبق رضا المضمون له؛ لضمانه حال عدم العلم بإعساره.

كما أنّه لا فرق في ثبوته بين إعسار المضمون عنه وعدمه؛ لإطلاق الفتوى المقتضي أيضاً عدم الخيار مع الملاءة وإن لم يكن وفيّاً. بل ظاهرهم: عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر أو تعسّر ↑ ج ٢٦ / ١٢٨ الاستيفاء، ولكنّه لا يخلو من نظر.

بل ظاهرهم: أنّ الإعسار كافٍ في ثبوت الخيار المزبور وإن كان الضمان مؤجّلاً، وأنّ اليسار حين الضمان كافٍ في لزومه وإن أعسر عند الأجل.

كلّ ذلك مع عدم العلم به كما عرفت، وإلّا فمع العلم به أو الرضا به

---

(١) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣١٢.

على كلّ حال فلا إشكال .

وقد احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدين لهم ، فقال لهم : لا مال عندي فأُعطيكم ، ولكن ارضوا بمن شئتم من ابني[١] عمّي : عليّ بن الحسين عليه‌السلام أو عبدالله بن جعفر ، فقال الغرماء : عبدالله بن جعفر مليّ مَطول[٢] ، وعليّ بن الحسين عليه‌السلام رجل لا مال له صدوق وهو أحبّهما إلينا ، فأرسل إليه فأخبره الخبر ، فقال : أضمن لكم المال إلى غلّة ، ولم تكن له غلّة تجمّلاً[٣] ، فقال القوم : قد رضينا وضمنه ، فلمّا أتت الغلّة أتاح الله له المال فأدّاه[٤] .

ثمّ إنّ هذا الخيار على الفور أو التراخي؟ وجهان ذكرناهما في نظائره ، وقلنا : إنّ الأصل يقتضي الثاني منهما ، كما اعترف به غير واحد[٥] .

﴿و﴾ كيف كان ، فـ ﴿ـالضمان المؤجّل﴾ للدين الحالّ ﴿جائز﴾ بلا خلاف أجده كما اعترف به بعضهم[٦] ، بل ﴿إجماعاً﴾ كما في

(١) في الفقيه: من أخي وبني.

(٢) المَطول: المسوّف بالعدة والدين. القاموس المحيط: ج ٤ ص ٦٨ (مطل).

(٣) ليست في بعض النسخ ولا الفقيه ولا الوسائل.

(٤) الكافي: المعيشة / باب قضاء الدين ح ٧ ج ٥ ص ٩٧، من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الحوالة ح ٣٤٠٧ ج ٣ ص ٩٨، وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٢٦.

(٥) كالشهيد الثاني في المسالك: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٨٤. والطباطبائي في الرياض: كتاب الضمان ج ٩ ص ٢٧٠.

(٦) كالسبزواري في الكفاية: ضمان المال / في الضامن ج ١ ص ٥٩٤.

المسالك[١] ومحكيّ التنقيح[٢] وإيضاح النافع[٣] وغيرها[٤].

للعمومات السالمة عن المعارض ؛ إذ هو تأجيل للدين ، لا تعليق للضمان إلى الأجل .

واحتمال[٥]: كون الضمان نقل الدين على ما هو عليه ـ بحيث لا يختلف في حلول وتأجيل ـ لا قائل به ولا شاهد عليه ، بل مقتضى العمومات خلافه .

نعم ، هل يكون هذا الأجل للدين أو هو أجل للضمان؟ وتظهر الثمرة فيما لو أدّى الضامن قبل الأجل ، فإنّه لا يستحقّ الرجوع على الأوّل ، بخلاف الثاني الذي لا يخلو من قوّة ، بل هو صريح المسالك وغيرها في المسائل الآتية .

وأمّا ضمانه للدين المؤجّل بأزيد من أجله أو مساويه أو أنقص فلا أجد فيه خلافاً محقّقاً كذلك ، بل ظاهر المتن أنّه من معقد الاجماع ، بل يمكن دعوى الإجماع عليه ، بل عن فخر الإسلام : «أنّ ضمان المؤجّل بمثل أجله يصحّ إجماعاً»[٦] ، وعن التنقيح[٧] وإيضاح

---

(١) انظر المصدر في الهامش قبل السابق.

(٢) التنقيح الرائع: كتاب الضمان ج ٢ ص ١٨٨.

(٣) نقله عنه في مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٥٤.

(٤) كجامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣١٠، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٠ ج ٣ ص ١٤٦.

(٥) ذكر وأُجيب عنه في مفتاح الكرامة: (انظر الهامش قبل السابق).

(٦) حاشية الإرشاد: في الضمان ص ٥٦ (مخطوط).

(٧) التنقيح الرائع: كتاب الضمان ج ٢ ص ١٨٨.

النافع: «أنّ ضمان المؤجّل بأزيد من أجله يصحّ إجماعاً»(١). مضافاً إلى أنّه مقتضى العمومات أيضاً. ج ٢٦ / ١٢٩

نعم، ربّما ظهر ـ من تعليل المنع في المسألة الآتية ـ المنع في المساوي باعتبار عدم الإرفاق فيه، كما أنّه يستفاد المنع فيما لو كان الأجل أنقص ممّا تسمعه من تعليل فخر الإسلام والكركي المنع في بعض الصور الآتية: بأنّه ضمان ما لم يجب.

إلّا أنّ الجميع ستعرف ضعفه، على أنّه لا معنى لإثبات الخلاف من أمثال هذه التعليلات التي تذكر دليلاً للمخالف من غيره.

ومنه يعلم الجواز حينئذٍ في جميع صور المقام من غير فرق بين الضمان بالإذن والتبرّع.

﴿وفي﴾ الضمان ﴿الحالّ تردّد﴾ وخلاف، ففي محكيّ المقنعة(٢) والنهاية(٣): «لا يصحّ ضمان نفس أو مال إلّا بأجل». وفي محكيّ الوسيلة: «إنّما يصحّ الضمان بتعيين أجل المال»(٤). وعدّ في محكيّ الغنية من شروط صحّته: أن يكون إلى أجل معلوم، ثمّ عدّ شرطين آخرين وادّعى الإجماع(٥).

وظاهر هذه العبارات اعتبار الأجل في الضمان على نحو اعتباره

---

(١) نقله عنه في مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٥٩.

(٢) المقنعة: الضمان / الضمانات والكفالات ص ٨١٥.

(٣) النهاية: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٣٨.

(٤) الوسيلة: بيان الضمان ص ٢٨٠.

(٥) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

في السلم ، وهو الذي أشار إليه في المتن بقوله : «تردّد» .

ولكنّ ﴿أظهره الجواز﴾ وفاقاً لغير من عرفت من الأصحاب ، حتّى من الشيخ في المحكي عن المبسوط[1] ؛ للعمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي اعتبار الأجل فيه كالسلم .

وإجماع الغنية بناءً على شموله للفرض ـ مع عدم الشاهد له ، ومصير من عرفت من الأصحاب إلى خلافه ـ يضعف الظنّ به .

بل في محكيّ السرائر : «وقد يوجد في بعض الكتب لأصحابنا : ولا يصحّ ضمان مال ولا نفس إلّا بأجل ، والمراد بذلك : إذا اتّفقا على التأخير والأجل فلابدّ من ذلك ولا يصحّ إلّا بأجل محروس ، فأمّا إذا اتّفقا على التعجيل فيصحّ الضمان من دون أجل ، وكذا إذا أطلقا العقد . وإلى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه ، وهو حقّ اليقين ؛ لأنّه لا يمنع منه مانع ، ومن ادّعى خلافه يحتاج إلى دليل ولم نجده[2]»[3] .

ومقتضى ذلك : خروج المسألة عن الخلاف ؛ إذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل فيها ذلك ، مؤيّداً : بعدم العثور على دليل يدلّ على اعتبار الأجل فيه نحو اعتباره في السلم . وحينئذٍ يكون وجه الخلاف في المسألة اعتبار الأجل في الضمان وعدمه . وهذا هو
الظاهر من العبارة من غير مدخليّة لحلول الدين وأجله ، فالمؤجّل ↑ ج ٢٦ / ١٣٠

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٣.

(٢) في المصدر: ولن يجده.

(٣) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٠ ـ ٧١.

حينئذٍ جائز إجماعاً من هذه الجهة ـ سواء كان الدين حالاً أو مؤجّلاً، وسواء اتّفقا في الأجل أو اختلفا ـ والحالّ فيه خلاف سواء كان الدين حالاً أو مؤجّلاً.

فمن الغريب ما في المسالك، حيث إنّه ـ بعد أن ذكر الصور الاثني عشر المتصوّرة في المقام، التي هي: الضمان حالاً ومؤجّلاً عن حالّ ومؤجّل متساويين في الأجل أو متفاوتين، فهذه ستّة، وهي: إمّا أن تكون عن تبرّع أو سؤال المضمون عنه، فيكون اثني عشر ـ قال: «وكلّها جائزة على الأقوى، إلّا أنّ موضع الخلاف فيها غير محرّر»[1]؛ إذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور، وأنّ التعليل للمنع بالإرفاق في المختلف[2] وغيره[3] لا ينبغي أن يتصيّد منه خلاف في المسألة.

نعم، في ضمان المؤجّل حالاً أو أنقص من أجله خلاف من بعض المتأخّرين كالفخر[4] والكركي[5] ـ بل ستسمع التردّد فيه من المصنّف في المسألة الثامنة[6] ـ لأنّه ضمان ما لم يجب، ولأنّ الفرع لا يرجح على الأصل، ولأنّ مشروعيّة الضمان على نقل الدين على ما هو عليه.

وفيه: أنّ المضمون المال، والأجل إنّما هو من التوابع والحقوق،

---

(١) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٨٥.

(٢) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٥٩.

(٣) كالتنقيح الرائع: كتاب الضمان ج ٢ ص ١٨٨.

(٤) إيضاح الفوائد: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ٨١ ـ ٨٢.

(٥) جامع المقاصد: الضمان / في أركانه ج ٥ ص ٣١٠.

(٦) بل يأتي في المسألة التاسعة.

فمع الرضا بإسقاطه من الطرفين يسقط ، ويلزم سقوطه إذا كان بعقد لازم ، وهو واجب غايته أنّه موسّع ، وذلك لا يخرجه عن أصل الوجوب ، خصوصاً بعد التراضي بإسقاط حقّ الأجل الذي هو كما يثبت للحالّ بعقد يسقط أيضاً عن المؤجّل به .

وقاعدة عدم رجحان الفرع على أصله ، لا دليل عليها على وجهٍ تجدي في المقام .

كدعوى : أنّ مشروعيّة الضمان على نقل الحقّ بوصفه إلى ذمّة الضامن ، والحلول صفة مغيّرة له ، فلا يشرع فيه الضمان ، وفرق بين ضمان الحالّ مؤجّلاً وبالعكس ؛ لعدم تشخّص المال بالحلول الذي هو عدم الأجل ، بخلاف العكس ؛ إذ هي ـ كما ترى ـ لا حاصل لها .

ج ٢٦ / ١٣١ ومرجعهما[1] معاً إلى شرط في عقد الضمان ، مندرج تحت : «المؤمنون ...»[2] و «أوفوا ...»[3] وغيرهما ، من غير فرق بين اقتضائه تأجيل الحالّ وبالعكس .

وبذلك كلّه ظهر لك : التحقيق في المسألة ، وتحرير موضع الخلاف فيها .

وأمّا احتمال المنع في ضمان الحالّ حالاًّ والمؤجّل بمثل أجله أو أنقص ـ الناشئ من تعليل المنع للضمان الحالّ في المختلف بالإرفاق[4] ـ

---

(١) أي ضمان الحالّ مؤجّلاً وعكسه.

(٢) تقدّم في ص ٢٣٩.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٥٩.

فليس خلافاً في المسألة، وعلى تقديره فهو واضح الضعف؛ ضرورة عدم ثبوت اعتبار الإرفاق فيه على وجهٍ يقتضي ذلك، خصوصاً بعد عدم انحصار الفائدة فيه بذلك، كما هو واضح.

بقي الكلام: في أنّه لو ضمن المؤجّل حالاً أو أنقص بإذن المضمون عنه كذلك أو مطلقاً، فهل يكون الدين على المضمون عنه كذلك، أو فرق بين الإطلاق والتصريح، فيحلّ ما عليه بالثاني لا الأوّل، أو لا رجوع للضامن عليه ـ وإن أدّى ـ إلّا بعد انقضاء الأجل الأصلي للدين؟ وجوه، بل أقوال:

فثاني الشهيدين[1] والفاضل في المحكي عن مختلفه[2] وظاهر تحريره[3] ـ بل قيل: «إنّه الذي استقرّ عليه رأيه في التذكرة»[4] ـ على الأخير منها؛ لعدم المقتضي لسقوطه، إذ الإذن للضامن بالضمان حالاً فضلاً عن الإطلاق أعمّ من ذلك، بل أقصاه الحلول بالنسبة إلى ذمّة الضامن، دون ما في ذمّته للضامن.

وفي محكيّ التنقيح: الأوّل[5]؛ لأنّ الضمان في حكم الأداء، ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجّلاً فقضاه استحقّ مطالبته، ولأنّ الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن. وأمّا مع

(١) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٨٧.
(٢) مختلف الشيعة: (انظر الهامش قبل السابق: ص ٤٧٠).
(٣) تحرير الأحكام: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ٥٥٩.
(٤) مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٦١.
(٥) التنقيح الرائع: كتاب الضمان ج ٢ ص ١٨٨.

الإطلاق فلتناوله التعجيل الذي قد عرفت اقتضاءه ذلك.

وعن ظاهر بعض المتأخّرين: الثاني[١]، ولعلّه الأقوى؛ ضرورة عدم اقتضاء الإذن في الإطلاق التعجيل، فلا دلالة فيه عليه، فيكون كالتبرّع به حينئذٍ؛ ولعلّه لذا جزم بعضهم بعدم الرجوع في الإطلاق وجعل الإشكال في التصريح[٢]، بل هو المحكي عن التذكرة[٣].

نعم، لو فرض إرادة ذلك منه ولو بالقرائن اتّجه حينئذٍ الرجوع به عليه؛ لأنّه كالتصريح بالنسبة إلى ذلك؛ ولعلّه لذا جزم في محكيّ الإيضاح بالرجوع مع التصريح وجعل الإشكال في الإطلاق[٤]: من ↑ ج ٢٦ / ١٣٢
احتمال اقتضائه الإذن في التعجيل وعدمه.

وقد عرفت عدم اقتضائه ذلك، كما أنّك قد عرفت عدم الإشكال في الرجوع مع التصريح، خصوصاً إذا ضمّ إليه ـ مع ذلك ـ الرجوع عليه فعلاً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فقد ظهر لك ممّا ذكرناه مكرّراً: أنّه ﴿**لو كان المال حالّاً فضمنه مؤجّلاً جاز، وسقطت مطالبة المضمون عنه، ولم يطالب الضامن إلّا بعد الأجل**﴾ بلا خلاف فيه عندنا[٥] ﴿و﴾ لا إشكال.

---

(١) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٠ ج ٣ ص ١٤٦.
(٢) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣١١.
(٣) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / صيغة الضمان ج ١٤ ص ٢٨٧.
(٤) إيضاح الفوائد: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ٨٢.
(٥) نقل الاتّفاق في مسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٨٨.

نعم، قد عرفت أنّ هذا الأجل للضمان لا للدين، فـ﴿لو مات الضامن حلّ وأُخذ من تركته﴾ ورجع الورثة على المضمون عنه. وكذا لو دفع الضامن معجّلاً باختياره لإسقاط حقّه.

بخلاف ما لو كان الدين مؤجّلاً عن المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك، فإنّه بحلوله بموته ـ مثلاً ـ لا يحلّ على المضمون عنه؛ لأنّ الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر.

﴿ولو كان الدين مؤجّلاً إلى أجل، فضمنه إلى أزيد من ذلك الأجل، جاز﴾ بلا خلاف[1] ولا إشكال.

لكن إن أدّى قبل حلول أجل الأصل لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلّا بعده، وإن أدّى بعد حلوله عليه وقبل حلول أجل نفسه فله المطالبة؛ لأنّه قد صار الأصل حالّاً، والفرض أداء الضامن وإسقاط حقّ نفسه من الأجل الزائد. وكذا القول لو مات وأدّى وارثه.

نعم، لو قلنا بأنّ الأجل للضمان أجل للدين، اتّجه حينئذٍ مراعاته للمضمون عنه وإن حلّ على الضامن أو أسقطه، كما هو واضح.

﴿ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أدّاه إن ضمن بإذنه ولو أدّى بغير إذنه﴾ بلا خلاف أجده فيه[2]، بل الإجماع بقسميه عليه[3].

---

(١) المصدر السابق: ص ١٨٩.

(٢) كما في رياض المسائل: كتاب الضمان ج ٩ ص ٢٧٣.

(٣) ينظر غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦١، وتذكرة الفقهاء: ضمان المال / أحكام الضمان ←

وفي الخبر: «سألته عن قول الناس: الزعيم[١] غارم؟ فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»[٢].

وفي آخر: «عن رجل ضمن ضماناً ثمّ صالح عليه؟ قال: ليس له إلّا الذي صالح عليه»[٣]. ↑ ج ٢٦ / ١٣٣

كلّ ذلك، مضافاً إلى أصالة احترام مال المسلم وضمانه، إلّا إذا بذله على جهة التبرّع به. والتأدية وإن كانت بغير إذنه إلّا أنّ الضمان ـ الذي هو سبب في وجوبها ـ قد كان بإذنه، بل في الحقيقة الإذن فيه إذن فيها.

﴿ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدّى بإذنه﴾ بلا خلاف فيه أيضاً[٤]، بل الإجماع بقسميه كذلك عليه[٥]. والخبران منزّلان على ما إذا أذن.

← ج ١٤ ص ٣٥٧، ومسالك الأفهام: ضمان المال / في الضمان ج ٤ ص ١٨٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٢٩ ج ٣ ص ١٤٥، وكفاية الأحكام: ضمان المال / في الضامن ج ١ ص ٥٩٤.

(١) في المصدر بدلها: الضامن.

(٢) الكافي: المعيشة / باب الكفالة والحوالة ح ٥ ج ٥ ص ١٠٤، من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الكفالة ح ٣٤٠٢ ج ٣ ص ٩٦، وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٢١.

(٣) الكافي: المعيشة / باب الصلح ح ٧ ج ٥ ص ٢٥٩، تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٤ الكفالات والضمانات ح ٧ ج ٦ ص ٢١٠، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٢٧.

(٤) كما في السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧١، والحدائق الناضرة: الضمان / في الضامن ج ٢١ ص ٢١، ورياض المسائل: كتاب الضمان ج ٩ ص ٢٧٤.

(٥) ينظر الغنية والمسالك فما بعدها في هامش (٣) من الصفحة السابقة، وتذكرة الفقهاء: ضمان المال / أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٥٦.

نعم، قد يقال بالرجوع لو أدّى بإذنه المصرّح فيها بالرجوع عليه به؛ لقاعدة الاحترام المزبورة.

ولا ينافيها وقوع الضمان بغير إذنه؛ فإنّه لا ينافي تبرّع المضمون عنه بالوفاء.

فقوله حينئذٍ: «أدّ عنّي وارجع به عليَّ» كقوله لأجنبيّ: «أدّ عن الضامن المتبرّع وارجع به عليَّ» فمع فرض تأدية الضامن بعنوان امتثال أمر المضمون عنه وبقصد الرجوع عليه، يتّجه حينئذٍ رجوعه عليه وإن كان أداءً عن نفسه لكن من المتبرّع به عنه.

فما عن بعض الناس[1]: من الإشكال في الرجوع أيضاً في الصورة المزبورة التي مرجعها إلى الوعد ـ لعدم دليل على الرجوع عليه بالقول المزبور ـ لا يخلو من نظر أو منع بعد ما عرفت، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا خلاف أجده[2] في أنّه ﴿ينعقد الضمان بكتابة الضامن﴾ أو المضمون عنه مع عجزهما عن النطق ﴿منضمّةً إلى القرينة الدالّة﴾ على قصد إنشاء ذلك ﴿لا مجرّدةً﴾ عن ذلك؛ لاحتمالها حينئذٍ العبثيّة وغيرها.

بل ظاهرهم ذلك وإن تمكّن من التوكيل، بل الظاهر عدم الفرق بينها

---

(١) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ٩ ص ٢٩١.

(٢) تعرّض لهذا الفرع في تذكرة الفقهاء: ضمان المال / صيغة الضمان ج ١٤ ص ٢٨٤، وجامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٠٩، ومسالك الأفهام: ضمان المال / في الضامن ج ٤ ص ١٩٠.

وبين غيرها من الإشارات المفهمة ؛ لعدم ما يدلّ على اختصاصها بذلك ، بل العمدة في الاكتفاء بها ـ بعد عدم الخلاف فيه ـ فحوى الاكتفاء بإشارة الأخرس التي لا فرق فيها بين الكتابة وغيرها .

↑ وقد تقدّم في البيع ما يستفاد منه الاكتفاء بالكتابة ـ مثلاً ـ مع الإكراه
ج ٢٦ / ١٣٤ على السكوت ظلماً[١] ... وغير ذلك ، فلاحظ وتأمّل .

البحث ﴿الثاني: في الحقّ المضمون﴾

﴿وهو كلّ مال ثابت في الذمّة﴾ ومرجعه إلى ما في القواعد من أنّ «شرطه : الماليّة ، والثبوت في الذمّة وإن كان متزلزلاً ؛ كالثمن في مدّة الخيار والمهر قبل الدخول»[٢] .

بل قيل : «إنّ على الأوّل الإجماع معلوم ومحكي في ظاهر الغنية وغيرها»[٣] .

بل فيها[٤] وغيرها[٥] أيضاً : الإجماع صريحاً على الثاني .

وفي محكيّ التذكرة : «لو قال لغيره : مهما أعطيت فلاناً فهو عليَّ ، لم يصحّ إجماعاً»[٦] ، هذا .

---

(١) ينظر ج ٢٣ ص ٤٠٣... و٤٣١...
(٢) قواعد الأحكام: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٧.
(٣) مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٩٧.
(٤) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.
(٥) كمفتاح الكرامة: (انظر الهامش قبل السابق).
(٦) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في الحق المضمون به ج ١٤ ص ٣١١.

ولكن لم أجد تصريحاً في اندراج «العمل في الذمّة» في المال وعدمه.

نعم، في اللمعة أنّ «ضابطه: ما جاز عقد الرهن عليه»[١]، وربّما يستظهر منه اندراجه فيه.

لكن عن التذكرة: «أن يكون ممّا يصحّ تملّكه وبيعه»[٢]، وهو كالصريح في عدمه.

ولا ريب أنّ العمومات تشهد للأوّل، بل هو من المال قطعاً لو كان منفعة دابّة كلّيّة ـ مثلاً ـ أو عبد كذلك، بل لعلّ جميعه من المال، بدليل جواز جعله عوضاً في البيع والنكاح والخلع وغيرها ممّا يعتبر فيها المال.

كما أنّي لم أجد من تعرّض للجمع بين ذكر الشرط المزبور والتصريح بضمان الأعيان والعهدة والصنجة[٣]... وغير ذلك ممّا تسمعه إن شاء الله، بل في المتن وغيره[٤] هنا ما ينافي ذلك؛ فإنّه قال بعد ما سمعت:

﴿سواء كان﴾ أي المال في الذمّة ﴿مستقرّاً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدّة الخيار بعد

---

(١) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الضمان ص ١٤٤.

(٢) المصدر قبل السابق.

(٣) السنجة ـ والصنجة أفصح ـ: ما يوزن به كالأُوقيّة والرطل. أقرب الموارد: ج ١ ص ٥٤٦ (سنج).

(٤) كإرشاد الأذهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠١.

قبض الثمن، ولو كان قبله لم يصحّ ضمانه عن البائع﴾ عيناً ولا عهدةً ؛ لعدم دخوله تحت يده ، أمّا بعده فيصحّ ضمانه عن البائع عهدةً لو ظهر المبيع مستحقّاً مثلاً .

وهو ـ كما ترى ـ لا يجامع الضابط المزبور ؛ ضرورة عدم كون المضمون في هذا الحال مالاً في الذمّة ، بل هو من ضمان الأعيان .

نعم ، لو ضمن الثمن عن المشتري للبائع كان ضماناً لمال في الذمّة ، بل وكذا لو ضمن عنه عهدته لو خرج مستحقّاً للغير إذا كان الثمن غير معيّن ، وإلّا بطل البيع فلا ضمان حينئذٍ ، بخلاف ما إذا لم يكن معيّناً ، فإنّ الضمان حينئذٍ صحيح ؛ لأنّه ـ في الحقيقة ـ لمال في الذمّة ، وهو الثمن الكلّي . ↑ ج ٢٦ ١٣٥

وكذا لو كان معيّناً ـ مثلاً ـ وكان المضمون عن المشتري أرشه الذي هو أيضاً مال كلّي في الذمّة .

وبذلك يظهر لك : أنّ ضمان العهدة هو من ضمان العين ، أو من ضمان المال في الذمّة ، وليس هو شيء مستقلّ[١] .

لكن في المسالك : «إنّ الفرق بين ضمان العهدة والمال نفسه يظهر في اللفظ والمعنى :» .

«أمّا اللفظ : فالعبارة عن ضمان الثمن : (ضمنت لك الثمن الذي في ذمّة زيد) مثلاً ونحوه ، وضمان العهدة : (ضمنت لك عهدته أو دركه) أو نحو ذلك» .

---

(١) الأولى التعبير بـ «شيئاً مستقلّاً».

«وأمّا المعنى : فظاهر ؛ إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمّة الضامن وبراءة المضمون عنه منه ، وضمان العهدة ليس كذلك ، بل إنّما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات»[1].

ولا يخفى عليك ما فيه بعد عدم دليل مخصوص على اعتبار اللفظ المزبور ، بل ظاهر الأدلّة خلافه.

وعلى كلّ حال ، ضمانه يقتضي انتقال الثمن ـ لو كان في ذمّة المشتري ـ إلى ذمّة الضامن ، إلّا أنّه لمّا كان في الظاهر فراغها بالدفع المزبور لم يحكم به ، فإذا تبيّن فساد الدفع بكونه مستحقّاً للغير مثلاً حكم بمصادفة الضمان المزبور لمحلّه ، فيترتّب عليه حكمه من الانتقال إلى ذمّة الضامن وفراغ ذمّة المضمون عنه ، وهذا معنى ضمان دركه ، وإلّا فلا دليل على مشروعيّته مستقلّاً على وجهٍ يكون غير الضمان بالمعنى المزبور ، كما هو واضح.

وبذلك كلّه يظهر لك ما في المتن والمسالك ، ولعلّ عبارة الفاضل في القواعد السابقة[2] أحسن من عبارة المتن ؛ لاقتصارها على بيان صحّة الضمان للمال الثابت في الذمّة مستقرّاً أو متزلزلاً كالثمن في مدّة الخيار والمهر قبل الدخول ، ولا ريب في ظهور إرادة ضمانه عن المشتري للبائع.

وهو الذي ذكره الشيخ في المحكي عن مبسوطه ؛ حيث نفى

---

(١) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الحق المضمون ج ٤ ص ١٩١.

(٢) في ص ٢٧٠.

الخلاف فيه ـ وظاهره بين المسلمين ـ عن صحّة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد الدخول والأُجرة بعد دخول المدّة، وعن صحّة ضمان الثمن قبل التسليم والأُجرة قبل انقضاء الإجارة والمهر قبل الدخول. قال: «فهذه الحقوق لازمة غير مستقرّة، فيصحّ ضمانها أيضاً بلا خلاف»[1]. ↑

وأمّا ضمان العهدة فهي مسألة مستقلّة ـ سيذكرها المصنّف في ج ٢٦ / ١٣٦
اللواحق ـ لا مدخل لها فيما نحن فيه، فلاحظ وتدبّر.

﴿وكذا﴾ يصحّ ضمان ﴿ما ليس بلازم و[2]لكن يؤول إلى اللزوم، كمالِ الجعالة قبل فعل ما شرط﴾ عليه من العمل ﴿وكمالِ السبق والرماية﴾ وفاقاً للمحكي عن المبسوط[3] والتحرير[4] والمختلف[5] ومجمع البرهان[6]، بل والتذكرة إلّا أنّه قال: «إذا شرع في العمل»[7].

بل لعلّه المراد ممّا عن الخلاف[8] والغنية[9]: «يصحّ ضمان مال

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٥.

(٢) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.

(٣) الهامش قبل السابق.

(٤) تحرير الأحكام: الضمان / في الحق المضمون ج ٢ ص ٥٥١.

(٥) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٧.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ٩ ص ٢٩٢، قال: «كمال الجعالة قبل فعل ما جعل له».

(٧) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في الحق المضمون به ج ١٤ ص ٣١٨.

(٨) الخلاف: الضمان / مسألة ٧ ج ٣ ص ٣١٦.

(٩) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة به» بناءً على إرادة الكشف من الشرط المزبور؛ بقرينة استدلالهم عليه بقوله تعالى: «ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم»(١)، وقوله عليه السلام: «الزعيم غارم»(٢).

ومرجع الثاني إلى العمومات التي هي العمدة، مضافاً:

إلى ما عن المختلف من الاستدلال عليه: بمسيس الحاجة إليه، فجاز ضمانه كقوله: «ألق متاعك وعليَّ ضمانه»(٣).

وإلى ما عن التذكرة: من وجود سبب الوجوب وانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدّة الخيار(٤).

ولكن مع ذلك كلّه قال المصنّف: ﴿على تردّد﴾ ينشأ: من احتمال عدم سببيّة عقد الجعالة لثبوت المال في الذمّة، وإنّما هو جزء السبب الذي هو مع العمل، فيكون الضمان ـ حينئذٍ ـ قبل تمامه ضمان ما لم يجب.

والآية الشريفة محمولة على إرادة التعهّد العرفي لا العقدي؛ ضرورة عدم قبول مضمون له ثبت له حقّ في ذمّة الجاعل، أو على إرادة بيان كون الجعل منه على ذلك لا على الملك... أو على غير ذلك.

والعمومات ـ بعد فرض ما عرفت من كون الضمان نقل ما في ذمّة إلى أُخرى عندنا ـ لا تشمل المفروض الذي لم يثبت بعدُ في الذمّة.

---

(١) سورة يوسف: الآية ٧٢.

(٢) تقدّم في ص ٢٢٧.

(٣) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٧.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

ولا حاجة ماسّة إلى ذلك على وجهٍ يستدلّ بها على مشروعيّته.

كما لا سبب للوجوب قبل إتمام العمل.

وانتهاء الأمر إلى اللزوم ـ بعد عدم الثبوت فعلاً ـ لا يجدي.

نعم، لو قلنا: إنّ عقد الجعالة سبب تامّ في الثبوت في الذمّة ـ وإن عرض له البطلان بعدم إتمام العمل أو بالفسخ... أو نحو ذلك ـ اتّجه حينئذٍ صحّة ضمانه؛ للثبوت في الذمّة حينئذٍ فعلاً وإن كان معرضاً للبطلان، لأنّه لا ينافي صحّة الضمان. ج ٢٦ / ١٣٧

وكذا يصحّ لو قلنا: بأنّ العمل من الشرائط الكاشفة، لكن بتمام العمل ينكشف صحّة الضمان، وبعدمه ينكشف بطلانه.

ولعلّ ذلك لا يخلو من قوّة، وقد سمعت إمكان إرادته من الشيخ وابن زهرة.

وممّا ذكرنا ظهر لك: أنّ التردّد في الحكم من المصنّف للتردّد في أصل ثبوت مال الجعالة في الذمّة، لا للتردّد في صحّة الضمان وإن لم نقل بثبوته فيها، كما عساه يوهمه ما سمعته من المختلف والتذكرة.

والتحقيق ما عرفت في مال الجعالة، ومثله يجري في مال السبق والرماية، ويأتي إن شاء الله في بابيهما تمام الكلام في ذلك.

هذا كلّه قبل العمل، أمّا بعده فلا إشكال ولا خلاف[1] في صحّة الضمان.

﴿وهل يصحّ ضمان مال الكتابة؟ قيل﴾ والقائل الشيخ في

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٤٠٠.

المحكي من مبسوطه: ﴿لا﴾ يصحّ ﴿لأنّه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم﴾:

أمّا الأوّل: فلأنّه لا يلزم العبد في الحال؛ لأنّ للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز، فلا يلزم العبد في الحال.

وأمّا الثاني: فلأنّه إذا أدّاه عتق، وإذا عتق خرج عن أن يكون مكاتباً، فلا يتصوّر أن يلزم في ذمّته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه.

ثمّ قال: «فهذا المال لا يصحّ ضمانه؛ لأنّ الضمان إثبات مال في الذمّة والتزام لأدائه، وهو فرع للمضمون عنه، فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم ويكون في الفرع لازماً، فلهذا منعنا من صحّة ضمانه، وهذا لا خلاف فيه»[١].

﴿و﴾ لكن لا يخفى عليك أنّه ﴿لو قيل بالجواز كان حسناً﴾ وفاقاً للفاضل[٢] والكركي[٣] وثاني الشهيدين[٤] وغيرهم[٥] ﴿لتحقّقه في ذمّة

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٥.

(٢) قواعد الأحكام: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٧، تحرير الأحكام: الضمان / في الحق المضمون ج ٢ ص ٥٥٤، تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في الحق المضمون به ج ١٤ ص ٣١٦، إرشاد الأذهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠١، مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٣.

(٣) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٢٠.

(٤) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الحق المضمون ج ٤ ص ١٩٣ ـ ١٩٤، حاشية الإرشاد (ذيل غاية المراد): الضمان / المطلب الأوّل ج ٢ ص ٢٢١.

(٥) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ٩ ص ٢٩٣.

العبد﴾ بعقد الكتابة ولو المشروطة فيصحّ حينئذٍ ضمانه ﴿كما لو ضمن عنه مالاً غير مال الكتابة﴾ وجواز تعجيز نفسه فيعود رقّاً لا ينافي الثبوت في الذمّة، بل أقصاه عدم الاستقرار كالثمن في مدّة الخيار، بل أولى منه؛ ضرورة أنّه هنا مع الضمان عنه انعتق لأنّه بحكم الأداء، بخلاف الثمن في مدّة الخيار، فإنّ ضمانه لا يرفع أصل الخيار. ج ٢٦ / ١٣٨

ومن هنا أشكل جواز الضمان في الفرض على تقدير الجواز؛ لأنّه يؤدّي إلى اللزوم قهراً على المكاتب، لعدم اشتراط رضا المضمون عنه في صحّة الضمان، فينافي الفرض من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب.

وإن كان هو ـ كما ترى ـ إشكال هيّن[1] وإلّا لم يجز التبرّع بالأداء عنه لذلك أيضاً، هذا.

ولا يخفى عليك أنّ ظاهر المتن وما سمعته من عبارة المبسوط ـ بل قيل: «والتحرير والتذكرة والمختلف»[2] ـ أنّ محلّ النزاع الأعمّ من المشروطة والمطلقة.

لكن في المسالك: «أنّ محلّه الأُولى؛ إذ لا خلاف في لزوم المطلقة»[3].

والأمر سهل بعد ما عرفت وتعرف ـ إن شاء الله ـ في باب الكتابة

---

(١) الأولى التعبير بـ «إشكالاً هيّناً».

(٢) مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٤٠٤.

(٣) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٤.

على ذلك .

﴿ويصحّ ضمان النفقة الماضية﴾ للزوجة ، بلا خلاف[١] ولا إشكال ؛ لأنّها من الديون في ذمّة الزوج ، كما حرّرناه في محلّه .

بل صريح الشيخ[٢] والحلّي[٣] والفاضلين[٤] والكركي[٥] ﴿و﴾ ثاني الشهيدين[٦] على ما حكي عن بعضهم : صحّة ضمان ﴿الحاضرة لـ﴾ـها أيضاً أي ﴿الزوجة؛ لاستقرارها﴾ وثبوتها ﴿في ذمّة الزوج﴾ بصبيحة ذلك اليوم الذي أظهرت التمكين فيه .

﴿دون المستقبلة﴾ التي لم يحصل سبب وجوبها الذي منه التمكين الفعلي ، وهو غير معقول في الزمان المتأخّر ، بخلاف الحاضرة التي يظهر من أدلّة النفقة الاكتفاء في وجوبها بالتمكين فعلاً في صبيحة ذلك اليوم وإن قلنا بسقوطها بالنشوز في أثنائه ، إلّا أنّه لا ينافي أصل الثبوت في الذمّة، وهو كافٍ في صحّة الضمان ، خصوصاً بعد عدم استرداد نفقة النهار بالموت والطلاق ، وإنّما الخلاف في نفقة الليل ، كما حرّرنا ذلك

---

(١) كما في مجمع الفائدة والبرهان: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٢) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٥.

(٣) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٢.

(٤) الماتن هنا، والعلّامة في التحرير: الضمان / في الحق المضمون ج ٢ ص ٥٥٣، وإرشاد الأذهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠١، ومختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٤.

(٥) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٢٠.

(٦) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الحق المضمون ج ٤ ص ١٩٤.

كلّه في كتاب النكاح[١]، هذا.

وفي محكيّ المبسوط: «إنّما يصحّ ضمان نفقة المعسر لأنّها ثابتة على كلّ حال، وأمّا الزيادة عليها إلى تمام نفقة الموسر فهي غير ثابتة؛ لأنّها تسقط بإعساره»[٢]. وتبعه على ذلك القاضي فيما حكي عنه[٣].

وفيه: أنّ الاعتبار حينئذٍ بالزوج المضمون عنه، فإن كان موسراً ضمن عنه نفقة الموسر، وإلّا فنفقة المعسر، ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر بإعسار الموسر بعد وجوبه.

وربّما كان ذلك من الشيخ والقاضي تفريعاً على قول أهل الخلاف
ج ٢٦ / ١٣٩ من صحّة ضمان المستقبلة؛ لأنّ المحكي عنه اشتراط «تقدير المدّة، وأن يكون المضمون نفقة المعسرين وإن كان المضمون عنه موسراً أو متوسّطاً؛ لأنّه ربّما يعسر، فالزائد على نفقة المعسرين غير ثابت؛ لأنّه يسقط بالعسر»[٤].

ثمّ إنّ تقييد المصنّف بالزوجة ظاهر في عدم صحّة ضمانها للقريب.

وهو كذلك في الماضية؛ لعدم ثبوتها في ذمّته وإن قصّر في دفعها، لأنّها من خطاب المواساة الذي لا يقتضي إثباتاً في الذمّة.

---

(١) كتاب النكاح / اللواحق / النظر الخامس / لواحق نفقة الزوجة / المسألة الثانية.
(٢) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٦.
(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٣.
(٤) ينظر مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٤٠٧.

أمّا الحاضرة ففي القواعد[١] والمسالك[٢] ومحكيّ التذكرة[٣] وغيرها[٤]: صحّة ضمانها، بل لا أجد خلافاً فيه بين من تعرّض لذلك؛ معلّلين له: بوجوبها بطلوع الفجر.

ولكن فيه: أنّ هذا الوجوب لا يقتضي ثبوتها في الذمّة، وإلّا لوجب أيضاً بعد فوات الوقت؛ لعدم الدليل حينئذٍ على سقوطه منها بعد ثبوته فيها، وإنّما هو خطاب مواساة وبرّ وصلة، ولا شيء منها يقتضي الثبوت في الذمّة من غير فرق بين الماضية والحاضرة.

ولعلّ تقييد المصنّف بالزوجة لإخراج أصل الضمان لنفقة القريب، من غير فرق بين الماضية والحاضرة والمستقبلة، وقد حرّرنا في كتاب النكاح تحقيق الحال في ذلك[٥]، فلاحظ وتأمّل.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿ـفي﴾ صحّة ﴿ضمان الأعيان المضمونة﴾ بمعنى وجوب ردّها أو قيمتها أو مثلها عليه مع من في يده ﴿كالغصب والمقبوض[٦] بالبيع الفاسد﴾ ونحوهما ﴿تردّد﴾ وخلاف ﴿والأشبه﴾

---

(١) قواعد الأحكام: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٧.

(٢) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الحق المضمون ج ٤ ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في الحق المضمون به ج ١٤ ص ٣١٤.

(٤) كمجمع الفائدة والبرهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ٩ ص ٢٩٣.

(٥) كتاب النكاح / اللواحق / النظر الخامس / نفقة الأقارب ذيل قول الماتن: «ولا تقضى نفقة الأقارب ...» إلخ.

(٦) في نسختي الشرائع والمسالك: والمقبوضة.

عند المصنّف والفاضل في المحكي عن تحريره[١] وإرشاده[٢] ومحكيّ المبسوط[٣] ﴿الجواز﴾ للعمومات، ولأنّه ضمان مال مضمون على المضمون عنه.

وفيه: أنّه لا عموم يقتضي شرعيّة الضمان على الوجه المزبور؛ حتّى قوله: «الزعيم غارم»[٤] الذي هو ليس من أخبارنا، بل هو من قول الناس ـ الذين هم مخالفونا ـ كما سمعته في الخبر السابق[٥] الظاهر في الإنكار عليهم.

وعموم: «أوفوا بالعقود»[٦] إنّما يقتضي وجوب الوفاء بكلّ عقد على حسب مقتضاه، وقد عرفت أنّ الضمان عندنا من النواقل وأنّ شرطه ثبوت المال في الذمّة.

والأعيان المضمونة إنّما يجب ردّها وهو ليس بمال في الذمّة، ↑
والغاصب ـ مثلاً ـ مخاطب به إجماعاً، فيكون الضمان هنا ضمّ ذمّة إلى ذمّة أُخرى، وهو ليس من أُصولنا. ج ٢٦ / ١٤٠

ومن الغريب ما عن التذكرة من أنّ «ضمان المال ناقل عندنا، وفي ضمان الأعيان والعهدة إشكال، أقربه عندي: جواز مطالبة كلّ من

---

(١) تحرير الأحكام: الضمان / في الحق المضمون ج ٢ ص ٥٥٤.

(٢) إرشاد الأذهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠١.

(٣) المبسوط :كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٦.

(٤) تقدّم في ص ٢٢٧.

(٥) في ص ٢٦٨.

(٦) سورة المائدة: الآية ١.

الضامن والمضمون عنه»[١]؛ إذ هو ـ كما ترى ـ كالمتناقض.

هذا كلّه في ضمانها بالنسبة إلى ردّها، وأمّا ضمان قيمتها أو مثلها فهو بعد تلفها، فضمانها قبل حصول السبب ضمان ما لم يجب.

ومن هنا كان خيرة ثاني الشهيدين[٢] والمحقّقين[٣] وفخر الإسلام[٤] على ما حكي عنهما عدم الجواز.

ودعوى: صدق كونها مالاً قد اشتغلت ذمّة من هي في يده بها، واضحة الفساد؛ ضرورة معلوميّة إرادة شغل الذمّة بالردّ ما دامت موجودة، والقيمة والمثل مع التلف من هذا الإطلاق، ومثله غير كافٍ في الضمان الذي هو نقل المال من ذمّة إلى أُخرى، كما عرفت من تعريفه ومن دعوى الإجماع على اشتراط أن يكون مالاً في الذمّة في الحقّ المضمون. لا أقلّ من الشكّ، والأصل عدم ترتّب الأثر في مثل هذا الضمان.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا إشكال ولا خلاف[٥] في أنّه ﴿لو ضمن ما هو أمانة كالمضاربة والوديعة لم يصحّ؛ لأنّها ليست مضمونة في الأصل﴾ أي وقت الضمان، لا ردّاً ولا عوضاً على تقدير تلفها.

---

(١) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦.

(٢) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الحق المضمون ج ٤ ص ١٩٥.

(٣) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٢١ ـ ٣٢٢. فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ١٨١.

(٤) إيضاح الفوائد: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ٨٥.

(٥) ادّعى الإجماع عليه في تذكرة الفقهاء: ضمان المال/في الحق المضمون به ج ١٤ ص ٣٢٠.

نعم، لو طرأ لها الضمان بتعدٍّ أو تفريط مثلاً ففي صحّة ضمانها حينئذٍ وعدمها البحث السابق، وهو واضح.

كما أنّه لا خلاف[١] ﴿و﴾ لا إشكال في جواز التسلسل في الضمان بناءً على مذهبنا، فـ ﴿لو ضمن ضامن ثمّ ضمن عنه آخر﴾ و ﴿هكذا إلى عدّة ضمناء كان جائزاً﴾ لتحقّق شرط الضمان الذي هو ثبوت المال في الذمّة، ويرجع كلّ واحد منهم على من ضمن عنه إذا كان بإذنه، لا على الأصل الذي يرجع إليه الضامن الأوّل إذا كان بإذنه.

بل ولا إشكال في جواز الدور أيضاً، خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط فمنعه؛ لصيرورة الفرع فيه أصلاً وبالعكس، ولعدم الفائدة فيه؛ إذ به يرجع الحقّ على ما كان[٢].

ج ٢٦ / ١٤١ وفيه: أنّ ذلك لا يصلح للمانعيّة، على أنّ الفائدة ـ بالإعسار، وباختلاف الضمان بالحلول والتأجيل ـ متحقّقة، كما تقدّم ذلك سابقاً.

﴿ولا يشترط العلم بكمّيّة المال﴾ حال الضمان ﴿فلو ضمن ما في ذمّته صحّ على الأشبه﴾ بأُصول المذهب ـ من العمومات وغيرها ـ والأشهر[٣]، بل المشهور[٤]، بل عن الغنية: الإجماع

---

(١) استظهر عدم الخلاف في مجمع الفائدة والبرهان: الضمان/المطلب الأوّل ج ٩ ص ٢٩٤ـ٢٩٥.

(٢) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٤٠.

(٣) كما في مسالك الأفهام: ضمان المال / في الحق المضمون ج ٤ ص ١٩٧، ورياض المسائل: الضمان / ضمان المال ج ٩ ص ٢٧٥.

(٤) ادّعى الشهرة العظيمة في المناهل: كتاب الضمان ص ١٣٥، وانظر الحدائق الناضرة: الضمان / في الحق المضمون ج ٢١ ص ٣١.

عليه[١]، بل عن كشف الرموز أنّه «روى الأصحاب جواز ذلك[٢][٣]... فلو عملنا بهذا نكون عملنا بقول الصادق عليه السلام: (خذ ما اشتهر بين أصحابك)[٤]»[٥].

ولعلّه أراد الروايات المطلقة في الضمان، خصوصاً ضمان عليّ بن الحسين عليهما السلام لدين عبد الله بن الحسن[٦]، وضمانه لدين محمّد بن أُسامة[٧]، بل قيل: «إنّهما ظاهران بل صريحان في عدم معلوميّة الدين وقدره وقت الضمان»[٨].

بل ربّما استفيد أيضاً من خبر عطاء عن الصادق عليه السلام[٩]: «قلت له: جعلت فداك، إنّ عليَّ ديناً إذا ذكرته فسد عليَّ ما أنا فيه، فقال: سبحان الله! أو ما بلغك أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً فعليَّ ضياعه، ومن ترك ديناً فعليَّ دينه، ومن ترك مالاً فهو لوارثه[١٠]،

---

(١) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

(٢) عبارة المصدر: «قال في المبسوط: روى الأصحاب جواز ذلك».

(٣) كشف الرموز: كتاب الضمان ج ١ ص ٥٥٨.

(٤) عوالي اللآلي: الجملة الثانية من الخاتمة ح ٢٢٩ ج ٤ ص ١٣٣. مستدرك الوسائل: باب ٩ من أبواب صفات القاضي ح ٢ ج ١٧ ص ٣٠٣.

(٥) الهامش قبل السابق: ص ٥٥٨ ـ ٥٥٩.

(٦) تقدّم نقل الخبر في ص ٢٥٩.

(٧) الكافي: كتاب الروضة ح ٥١٤ ج ٨ ص ٢٧٣. وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٢٣.

(٨) مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٤٢٦.

(٩) في المصدر: عن أبي جعفر عليه السلام.

(١٠) في المصدر بدل «فهو لوارثه»: «فآكله» وأُشير في هامش الوسائل إلى نسخة: «فلأهله».

وكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميّتاً ككفالته حيّاً، وكفالته حيّاً ككفالته ميّتاً. فقال الرجل: نفّست عنّي جعلني الله فداك»[١].

بل ولقوله تعالى: «ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم»[٢].

مضافاً إلى قوله [صلى الله عليه وآله]: «الزعيم غارم»[٣].

ولكن قد يناقش: بعدم ثبوت الأخير من طرقنا، بل لعلّ الثابت منها تكذيبه[٤]، وبأنّ الآية ليست ممّا نحن فيه، كما أنّ الخبر ليس من الضمان المصطلح.

إلّا أنّه فيما قدّمنا كفاية لإثبات المطلوب، خصوصاً مع عدم المعارض إلّا دعوى: نهي النبيّ صلى الله عليه وآله عن الغرر[٥]، والثابت منه البيع أو ↑ ج ٢٦ / ١٤٢
مطلق المعاوضة، والضرر لاحتمال كون المضمون ممّا لا يحتمله، وهو[٦] قد أدخله على نفسه، على أنّه يمكن فرضه خالياً عن ذلك.

---

(١) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٤ الكفالات والضمانات ح ١١ ج ٦ ص ٢١١، وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب الدين والقرض ح ٥ ج ١٨ ص ٣٣٧.

(٢) سورة يوسف: الآية ٧٢.

(٣) تقدّم في ص ٢٢٧.

(٤) كما في الخبر المتقدّم في ص ٢٦٨.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ٣ ج ١٧ ص ٤٤٨، سنن الدارمي: ج ٢ ص ٢٥١، سنن أبي داود: ح ٣٣٧٦ ج ٣ ص ٢٥٤، مسند أحمد: ج ١ ص ١١٦، سنن النسائي: ج ٧ ص ٢٦٢، سنن ابن ماجة: ح ٢١٩٤ و ٢١٩٥ ج ٢ ص ٧٣٩، سنن البيهقي: ج ٥ ص ٣٣٨، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ٨٠.

(٦) في بعض النسخ: هو.

وحينئذٍ فما عن الشيخ في مبسوطه[١] وخلافه[٢] والقاضي في مهذّبه[٣] وابن إدريس في سرائره[٤] من عدم الجواز، واضح الضعف، هذا.

ولكن في المسالك[٥] ومحكيّ التذكرة[٦] وغيرها[٧]: أنّ الصحّة فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، كقوله: «أنا ضامن للدين الذي لك عليه»، أمّا ما لا يمكن فيه العلم كـ«ضمنت لك شيئاً ممّا في ذمّته» فلا يصحّ قولاً واحداً؛ لصدق الشيء على القليل والكثير. واحتمال[٨]: لزوم أقلّ ما يتناوله الشيء كالإقرار، يندفع: بأنّه ليس هو المضمون وإن كان بعض أفراده.

وهو جيّد إن كان المراد عدم إمكان العلم في الواقع للإبهام ونحوه كما عساه يومئ إليه قوله: «يندفع ...» إلى آخره، وإلّا كان محلّاً للنظر؛ ضرورة أنّ مقتضى الأدلّة التي ذكرناها عدم الفرق بين الجميع،

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٥.

(٢) الخلاف: الضمان / مسألة ١٣ ج ٣ ص ٣١٩.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٠.

(٤) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٢.

(٥) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الحق المضمون ج ٤ ص ١٩٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في الحق المضمون به ج ١٤ ص ٣٢٥.

(٧) كجامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٢٥ ـ ٣٢٦، ومفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٤٢٧.

(٨) ذكر هذا الاحتمال مع جوابه في جامع المقاصد والمسالك ومفتاح الكرامة: (انظرها ضمن الهوامش الثلاثة المتقدّمة).

فيصحّ ضمان ما في الذمّة عن ميّت أو حيّ وإن كان لا يمكن العلم به في الظاهر، إلّا أنّه في الواقع متشخّص كما هو واضح.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿يلزمه﴾ مع وقوع الضمان على الوجه المزبور: ﴿ما تقوم به[1] البيّنة أنّه كان ثابتاً في ذمّته وقت الضمان، لا﴾:

ما يتجدّد.

ولا ﴿ما يوجد في كتاب﴾ ممّا هو ليس طريقاً مثبتاً لما في الذمّة.

﴿ولا﴾ ما ﴿يقرّ به المضمون عنه﴾ بعد الضمان الذي يكون إقراراً في حقّ الغير، خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح[2] وأبي المكارم[3]. ولعلّهما يريدان ما أقرّ به سابقاً قبل الضمان.

﴿ولا ما يحلف عليه المضمون له بردّ اليمين﴾ الذي هو كالإقرار أو كالبيّنة في حقّ المتخاصمين ـ لا مطلقاً ـ أو أصل برأسه كذلك أيضاً.

خلافاً للمحكي عن المقنعة فألزمه به[4]، ويمكن أن يريد ما عن النهاية[5] والقاضي[6] من أنّه إذا كان الردّ برضا الضامن. قال: «فإن حلف ـ أي المضمون له ـ على ما يدّعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه»؛ لصيرورة الخصومة حينئذٍ معه أيضاً، فيكون اليمين

---

(١) تأخّرت هذه الكلمة في نسختي الشرائع والمسالك عن كلمة «البيّنة».

(٢) الكافي في الفقه: في الكفالة والحوالة ص ٣٤٠.

(٣) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

(٤) المقنعة: الضمان / الضمانات والكفالات ص ٨١٥ ـ ٨١٦.

(٥) النهاية: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٣٩.

(٦) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٢.

حجّة في حقّه.

وفي المسالك: «بناءً على كون اليمين المردودة كالبيّنة يتّجه وجوب الأداء عليه؛ لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن أو المضمون عنه، لأنّ الحقّ يثبت بها مطلقاً، بخلاف الإقرار»[1].

وفيه: أنّ حكم البيّنة كذلك، إلّا أنّ الكلام في كونه مثلها في ذلك، كما هو واضح. ج ٢٦ / ١٤٣

هذا كلّه إذا ضمن ما في ذمّته.

﴿أمّا لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصحّ؛ لأنّه لا يعلم ثبوته في الذمّة﴾ كما في القواعد[2] ومحكيّ التحرير[3] والإرشاد[4] والمختلف[5]، حكماً وتعليلاً، وكذا المبسوط[6] والسرائر[7]، بل هو المحكي عن المفيد[8] والتقي[9].

وفسّر في المسالك ـ تبعاً لجامع المقاصد[10] ـ بـ«أنّه لمّا علم اشتراط صحّة الضمان بثبوت الدين في الذمّة حاله، فضمانه حينئذٍ

---

(١) مسالك الأفهام: ضمان المال / في الحق المضمون ج ٤ ص ١٩٩ (بتصرّف).

(٢) قواعد الأحكام: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٨.

(٣) تحرير الأحكام: الضمان / في الحق المضمون ج ٢ ص ٥٥٢.

(٤) إرشاد الأذهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠١.

(٥) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٢ ـ ٤٦٣.

(٦) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٥.

(٧) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٣.

(٨ و٩) حكاه عنهما في مختلف الشيعة: (تقدّم المصدر آنفاً)، وانظر المقنعة: الضمان / الضمانات والكفالات ص ٨١٦، والكافي في الفقه: في الكفالة والحوالة ص ٣٤٠.

(١٠) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٢٧.

بالصيغة المزبورة شامل لما إذا كان كذلك ولما يتجدّد، فلا يصحّ؛ إذ لا يدلّ على ضمان المتقدّم، لأنّ العامّ لا يدلّ على الخاصّ».

قال: «فعلى هذا لو صرّح بقوله: ما يشهد عليه أنّه كان ثابتاً في ذمّته وقت الضمان فلا مانع من الصحّة، كما لو ضمن ما في ذمّته ولزمه ما تقوم به البيّنة أنّه كان ثابتاً».

«وحينئذٍ فتعليل المصنّف لا يخلو من قصور؛ لاقتضائه أنّه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود به كان في الذمّة وقت الضمان صحّ، والحال أنّ مثل ذلك لا يصحّ؛ لعدم وقوع حقيقة[1] الضمان موقعها كما قد عرفت، فلابدّ من تنزيل التعليل على عدم العلم بإرادة الثابت من الصيغة»[2].

وفيه: أنّ المتّجه ـ مع فرض إرادة العموم من الصيغة؛ لاقتضاء لفظ «ما» ذلك ـ الصحّة في الثابت بها ﴿وقت الضمان﴾ والبطلان في المتجدّد، لا الفساد في الجميع، مضافاً إلى إباء ظاهر جميع العبارات المشتملة على التعليل المزبور ما ذكراه من التفسير المزبور الذي قد اعترفا هما أيضاً بذلك وأنّ ما ذكراه فيه تنزيل وتخريج.

ولعلّ الأولى: تفسير ذلك بإرادة بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك؛ لأنّه حينئذٍ من ضمان ما لم يجب، ضرورة عدم جعل عنوان الضمان «ما في ذمّته» والبيّنة طريق لمعرفته، بل كان العنوان «ما يثبت بها» والفرض وقوعه قبل ثبوته بها.

---

(١) في المصدر بدلها: صيغة.

(٢) مسالك الأفهام: ضمان المال/في الحق المضمون ج ٤ ص١٩٩ (بتصرّف في صدر العبارة).

ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله: «فلا يصحّ؛ لأنّه ضمان ما لم يجب»[١]، ولا ريب في أنّ مراده: أنّ الثبوت بها قبل حصوله ليس ثبوتاً حال الضمان وإن كان مضمون الشهادة الاشتغال حال الضمان، لكنّ ثبوت ذلك ـ الذي هو عنوان الضمان ـ إنّما هو حال الشهادة المفروض سبق الضمان لها. ج ٢٦ / ١٤٤

وكذا لو جعل عنوان الضمان «ما يقرّ به المضمون عنه» أو «ما يحكم به الحاكم»... أو نحو ذلك ممّا هو بعدُ لم يحصل. وحينئذٍ تتّجه هذه العبارات ولا يحتاج إلى التخريج المزبور الذي قد عرفت فساده في نفسه.

وكأنّ السبب الداعي للمصنّف وغيره في ذكر الحكم المزبور:

أوّلاً: هو الفرق بين جعل العنوان للضمان «ما في الذمّة» ثمّ يتعرّف بالبيّنة، وبين جعله «ما يثبت بها».

وثانياً: التعريض بخلاف الشيخ في المحكي من نهايته، حيث قال: «ولو قال: أنا أضمن ما يثبت لك عليه إن لم آت به في وقت كذا، ثمّ لم يحضره، وجب عليه ما قامت به البيّنة للمضمون عنه»[٢]. وهو الذي حكاه في محكيّ المبسوط عن قوم من أصحابنا وقال: «إنّي لم أعرف به نصّاً»[٣].

واعترضه في السرائر بـ«أنّه إذا لم يعرف به نصّاً كيف أورده في

---

(١) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٣.
(٢) النهاية: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٣٨ ـ ٣٩.
(٣) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٥.

نهايته؟!» ثمّ إنّه أساء الأدب[١].

ولكن انتصر الله تعالى له على لسان الفاضل في المختلف، فردّ ذلك عليه ثمّ قال: «لا شكّ في عدم تحصيل هذا الرجل»[٢].

وعلى كلّ حال، فمراد المصنّف وغيره التعريض بما سمعته من النهاية.

ولكنّ المحكي عنها: أنّ ذلك موجود في بعض نسخها[٣]، وإلّا فالأصل: «ما ثبت لك عليه» بالفعل، ولا شكّ حينئذٍ في صحّته؛ ضرورة كونه ضماناً للثابت بها لا بما يثبت بها، بل يمكن أن يريد الشيخ من نسخة: «يثبت» ضمان ما في الذمّة الذي طريق معرفته الثبوت بها، وإن كان خلاف ظاهر العبارة.

ج ٢٦ / ١٤٥ وقد ظهر لك ممّا ذكرنا الكلام في جميع أطراف المسألة، والحمد لله ربّ العالمين.

البحث ﴿الثالث: في اللواحق﴾

﴿وفيه[٤] مسائل﴾:

﴿الأُولى﴾

﴿إذا ضمن﴾ ضامن للمشتري بالمعنى الأخصّ ﴿عهدة الثمن﴾

---

(١) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٣.

(٢) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦١.

(٣) حكى ذلك في مفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٤٣٤، والموجود في نسختنا من النهاية: «يثبت»، وقد تقدّم المصدر آنفاً.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: وهي.

التي هي ضمان بالمعنى الأعمّ؛ أي الثمن الذي هو في عهدة البائع له ﴿لزمه دركه في كلّ موضع يثبت فيه[١] بطلان البيع من رأس﴾ بظهور استحقاق المبيع مع عدم إجازة البيع أو قبض الثمن ـ أي مع عدم إجازة قبض الثمن وإن أجاز البيع منه ـ أو فقد شرط من شروط الصحّة... أو نحو ذلك.

بلا خلاف أجده فيه في الأوّل[٢]، بل في محكيّ التذكرة[٣] وكذا مجمع البرهان[٤]: نسبته إلى إطباق الناس عليه في جميع الأعصار، وفي المسالك: «ظاهرهم الإطباق عليه»[٥].

كما أنّ صريح غير واحد عدم الفرق بين الأوّل والثاني[٦]، بل هو من معقد ما سمعته من المسالك، وعن جامع المقاصد: «إطباق الناس على ضمان العهدة»[٧]. وحينئذٍ إن تمّ ذلك يكون هذا الفرد بقسميه خارجاً عن بحث ضمان الأعيان وإن كان هو منها.

﴿أمّا لو تجدّد الفسخ بالتقايل﴾ أو الخيار ﴿أو تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن، ورجع﴾ المشتري ﴿على البائع﴾ لما عرفت

---

(١) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: الضمان / في اللواحق ج ٢١ ص ٣٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٠.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ٩ ص ٢٩٧.

(٥) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٠.

(٦) كالعلّامة في القواعد: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٨. والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١٠٢٨ ج ٣ ص ١٤٥.

(٧) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٢٢.

من اعتبار ثبوت الحقّ وقت الضمان في صحّته، من غير فرق بين ضمان العهدة وغيره، ولا ريب في حصوله مع قبض البائع له في الأوّل، بخلاف الثاني الذي هو فسخ متجدّد، فضمانه به حينئذٍ من ضمان ما لم يجب.

بل ظاهر المسالك ذلك حتّى لو قلنا: إنّ التلف قبل القبض موجب للفسخ من الأصل لا من حينه، فإنّه ـ بعد أن حكى عن العلّامة بناء ما نحن فيه على كون التلف فاسخاً من الحين أو الأصل، فيندرج في ضمان العهدة على الثاني دون الأوّل ـ قال:

«وفيه نظر؛ لأنّه حكم لاحق للضمان، فإنّ المبيع حالته كان ملكاً للمشتري ظاهراً وفي نفس الأمر، فلا يتناول الضمان الثمن؛ لأنّه لم يكن لازماً للبائع مطلقاً، وإنّما التلف الطارئ كان سبباً في حكم الله تعالى بعود الملك إلى صاحبه من أصله»(١). ↑ ج ٢٦ / ١٤٦

وإن كان هو ـ كما ترى ـ مرجعه إلى التناقض؛ ضرورة اقتضائه كون المال في آن واحد ملكاً لشخص وليس ملكاً له بل ملك لآخر. ونظير هذا وإن احتملناه في إجازة الفضولي، إلّا أنّه قلنا بكونه ملكاً لشخص وبحكم الملك لآخر، فإنّه لا يمتنع الوضع من الشارع والتسبيب كذلك، ويمكن تنزيل كلام الشهيد على هذا.

ولكن يبقى المطالبة بدليله أوّلاً، ومنافٍ لفرضه ثانياً؛ إذ من أحكام الملك ضمانه على من في يده، فيتّجه كلام العلّامة حينئذٍ.

(١) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠١.

ومن ذلك يعلم إرادة المصنّف وغيره[١] ممّن ترك التقييد بالقبض ما صرّح به الأكثر[٢] من التقييد به ؛ ضرورة عدم دخوله في عهدة البائع ـ الذي هو المضمون عنه ـ إلّا بقبضه .

اللّهمّ إلّا أن يقال : بكفاية السبب ـ الذي هو العقد ـ حينه وإن تعقّب القبض الضمان ، نحو ما تسمعه من احتمال الضمان بالفسخ بعيب سابق وضمان درك ما يحدث من بناء وغرس .

لكنّ ضعف الاحتمال المزبور يبعّد حمل الإطلاق المذكور على ذلك ، خصوصاً من المصنّف المصرّح بخلاف الاحتمال المزبور في المسألتين ، والله العالم .

﴿وكذا﴾ لا يدخل في ضمان العهدة ﴿لو فسخ المشتري بعيب﴾ لاحق للضمان ـ كما لو وقع قبل القبض أو في الثلاثة ـ قولاً واحداً كما في المسالك[٣] وغيرها[٤] .

بل و ﴿سابق﴾ وفاقاً للمشهور[٥] ؛ لأنّ الفسخ به إنّما أبطل العقد من حينه لا من أصله ، فلم يكن حالة الضمان مضموناً ، بل لو صرّح بضمانه

---

(١) كالشيخ في المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٦، والعلّامة في الإرشاد: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠١ ـ ٤٠٢.

(٢) كالشيخ في الخلاف: الضمان / مسألة ١٢ ج ٣ ص ٣١٨، والعلّامة في التحرير: الضمان / في الحقّ المضمون ج ٢ ص ٥٥٤، والكركي في جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٢٣، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١٠٢٨ ج ٣ ص ١٤٥.

(٣) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٢.

(٤) كمفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٤١٨.

(٥) نسبه إلى الأشهر في كفاية الأحكام: ضمان المال / في اللواحق ج ١ ص ٥٩٥.

كان فاسداً؛ لأنّه ضمان ما لم يجب.

فما في القواعد(١) ومحكيّ التذكرة(٢) من الإشكال فيه ـ ممّا عرفت، ومن وجود سبب الفسخ حال البيع، بل عن فخر المحقّقين: الجزم بالدخول فيه؛ للحاجة(٣) ـ واضح الضعف؛ ولعلّه لذا استقرب عدم اندراجه بعد أسطر من الإشكال(٤)، بل جزم به بعد ذلك(٥).

﴿أمّا لو طالب بالأرش رجع على الضامن﴾ كما في القواعد(٦) وغيرها(٧) ﴿لأنّ استحقاقه ثابت عند العقد﴾ فيتحقّق شرط الضمان، بل هو أولى من غيره؛ لأنّ الأرش جزء من الثمن باقٍ في ذمّة المشتري.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردّد﴾ بل عن التحرير: الجزم بالعدم(٨)؛

↑ ج ٢٦ / ١٤٧ لأنّ الاستحقاق له إنّما حصل له بعد العلم بالعيب واختيار أخذ الأرش، والعيب الموجود حالة العقد لم يقتض تعيين الأرش، بل التخيير بينه وبين الردّ، فلم يتعيّن الأرش إلّا باختياره.

---

(١) قواعد الأحكام: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٤٠.

(٣) إيضاح الفوائد: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ٨٥.

(٤) قواعد الأحكام: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٥) قواعد الأحكام: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ١٦٠.

(٦) المصدر السابق.

(٧) كإرشاد الأذهان: الضمان / المطلب الأوّل ج ١ ص ٤٠٢، وجامع المقاصد: ضمان المال / في الأحكام ج ٥ ص ٣٣٨.

(٨) تحريرالأحكام: الضمان / في الحق المضمون ج ٢ ص ٥٥٥.

ولو قيل: إنّه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير ـ فيكون كأفراد الواجب المخيّر حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره ـ ففي المسالك: «لزم مثله في الثمن؛ لأنّه قسيمه في ذلك»[1].

وفيه: أنّ الردّ غير الثمن وإن ترتّب عليه استحقاق الثمن الذي لم يجب إلّا بالفسخ، بخلاف الأرش الثابت بالأصل؛ لكونه عوض جزءٍ فائت، وإن كان للمشتري ارتفاق آخر وهو الفسخ والرجوع إلى الثمن.

ودعوى: عدم ثبوته إلّا مع العلم والمطالبة به ـ حتّى أنّه لو لم يعلم أو لم يطالب لم تشتغل ذمّة البائع بشيء ـ مخالفة لظاهر الأدلّة، وقد تقدّم الكلام في ذلك في محلّه، فلاحظ وتأمّل.

المسألة ﴿الثانية﴾

قد عرفت أنّه ﴿إذا خرج المبيع﴾ جميعه ﴿مستحقّاً رجع﴾ المشتري ﴿على الضامن، أمّا لو خرج بعضه﴾ مستحقّاً ﴿رجع على الضامن بما قابل المستحقّ﴾ بلا خلاف[2] ولا إشكال ﴿وكان في الباقي بالخيار﴾ لتبعّض الصفقة ﴿فإن فسخ رجع بما قابله على البائع خاصّة﴾ وفاقاً للمشهور[3]؛ لعدم اندراجه في ضمان الضامن، بل

---

(١) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٣.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: ضمان المال / في الأحكام ج ١٦ ص ٤٦٣.

(٣) كما في كفاية الأحكام: ضمان المال / في اللواحق ج ١ ص ٥٩٥.

لا يصحّ ضمانه له لو صرّح به؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب.

خلافاً للمحكي عن الشيخ: فجوّز الرجوع على الضامن بالجميع[١]؛ لوجود سبب الاستحقاق حال العقد.

كالعيب. وفيه: أنّ ذلك لا يقتضي دخوله في عهدة البائع له حتّى يصحّ ضمانه عنه، كما عرفت الحال في المشبّه به فضلاً عن المشبّه، وهو واضح.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه[٢] من بناء أو غرس﴾ ـ مثلاً ـ في الأرض المشتراة لو خرجت مستحقّة وقلع المالك بناءه وغرسه؛ أي تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً ﴿لم يصحّ؛ لأنّه ضمان ما لم يجب﴾ حال الضمان؛ ضرورة عدم استحقاقه ذلك على البائع قبل البناء والغرس، بل ولا بعده، وإنّما يستحقّه عليه بعد القلع. نعم، سبب ذلك ـ وهو استحقاق الأرض ـ موجود حال الضمان، لكن ↑ قد عرفت أنّ الأصحّ عدم الاكتفاء بذلك. ج ٢٦ / ١٤٨

خلافاً للشهيد في اللمعة: فجوّزه[٣] لذلك وللحاجة إليه ﴿و﴾ كأنّه مال إليه أو قال به في الروضة[٤].

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٨.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: يحدث.

(٣) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الضمان ص ١٤٤.

(٤) الروضة البهيّة: كتاب الضمان ج ٤ ص ١٢٤.

بل ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في محكيّ المبسوط[١] والفاضل[٢] وولده[٣] وثاني المحقّقين[٤] والشهيدين[٥]: و ﴿كذا﴾ لا يجوز ﴿لو ضمنه البائع﴾ له فضلاً عن الأجنبي ؛ لأنّ ثبوت ذلك عليه بحكم الشرع ـ لو وقع ـ لا يقتضي صحّة عقد الضمان المشروط بتحقّق الحقّ حال الضمان.

لكن في القواعد: «إشكال»[٦]، وعن التذكرة أنّه قرّب الصحّة وقال: «نمنع كون المضمون عنه غير واجب»[٧] ﴿و﴾ في المتن: ﴿الوجه الجواز؛ لأنّه لازم بنفس العقد﴾.

إلّا أنّه نظر فيه في المسالك بأنّه «لا يلزم من ضمانه ـ لكونه بائعاً مسلّطاً له على الانتفاع مجّاناً ـ ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان، فعدم الصحّة أقوى»[٨].

وقد تبع بذلك المحقّق الثاني، حيث إنّه أنكر على إشكال الفاضل في القواعد بأنّه «إن كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له ؛ لأنّ ذلك واجب، وإن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ؛ ليكون

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) تحريرالأحكام: الضمان / في الحق المضمون ج ٢ ص ٥٥٦.

(٣) إيضاح الفوائد: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ٨٩.

(٤) جامع المقاصد: ضمان المال / في الأحكام ج ٥ ص ٣٤٠.

(٥) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٦) قواعد الأحكام: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ١٦٠.

(٧) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٤١.

(٨) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٥.

مؤكّداً فلا وجه له أيضاً، لأنّه ضمان ما لم يجب بعد»[١].

وإلى هذا أشار في المسالك بقوله: «فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البائع أم لا ـ فإنّه ثابت بغير إشكال ـ بل في ثبوته بسبب الضمان».

«وتظهر الفائدة: فيما لو أسقط المشتري عنه حقّ الرجوع بسبب البيع، يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحّته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، فإنّه يفسخ بالخيار الآخر إن شاء».

«وفيما لو كان قد شرط على البائع ضماناً بوجه صحيح، فإن صحّحنا هذا كفى في الوفاء بالشرط وإن لم يحصل للمشتري نفع جديد».

«فقد ظهر: أنّ هذا الضمان قد يفيد فائدة أُخرى غير التأكيد لو قلنا بصحّته».

«وبه يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتاً ضمن أم لم يضمن؛ لأنّ هذه الفوائد الأُخر لم تكن ثابتة لو لم يضمن»[٢].

قلت: يمكن إرادة المصنّف بما ذكره من أنّ «الوجه الجواز» ↑
اشتراط ضمان ذلك على البائع في عقد البيع، تعريضاً بما وقع في ج ٢٦ / ١٤٩ محكيّ المبسوط ـ الذي أشار إليه المصنّف بلفظ «القيل» ـ من أنّه إن شرطا ذلك في نفس البيع بطل البيع[٣].

---

(١) جامع المقاصد: ضمان المال / في الأحكام ج ٥ ص ٣٤٠.

(٢) المصدر قبل السابق.

(٣) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٨.

بل قد عثرنا على نسختين من الشرائع : «وقيل : وكذا لو ضمنه البائع ولو شرطه في نفس العقد»[١].

والوجه حينئذٍ فيما ذكره المصنّف واضح ؛ لأنّ المشروط لازم للبائع بنفس العقد ، فلا مانع من اشتراطه عليه ليترتّب عليه ما ذكره في المسالك من الفائدة الأُولى[٢].

ولا تقدح جهالته بعد أن كان لازماً له ، نحو ما قيل في اشتراط خيار المجلس ، وإن كان لا يخلو من بحث عندنا .

وعلى كلّ حال فالمراد ذلك ، لا الضمان المصطلح ؛ إذ هو غير معقول ، ضرورة أنّه لا وجه لأن يضمن الإنسان عن نفسه . فمن الغريب اشتباه هؤلاء الأفاضل في ذلك .

وكيف كان ، فهذا كلّه في ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع .

وأمّا العكس ـ وهو ضمان عهدة الثمن للبائع عن المشتري ـ فلا إشكال فيه إذا كان ديناً ؛ بمعنى نقل ما في ذمّة المشتري إليه .

وكذا ضمانه لو خرج مستحقّاً فيما إذا كان الثمن كلّيّاً في ذمّة المشتري الذي مرجعه إلى الأوّل أيضاً ، أو إلى أرشه إن كان معيباً كما إذا كان شخصيّاً ، فإنّ ضمان عهدته عن المشتري حينئذٍ ذلك . وليس هو من ضمان الأعيان كما أشرنا إليه سابقاً ، بل هو من ضمان ما في الذمّة ، فتأمّل جيّداً .

---

(١) لم يشر إلى هاتين النسختين محقِّق كتاب الشرائع. ولا صاحب المسالك.

(٢) تقدّمت عبارته آنفاً.

وكذا ضمان نقصان الصنجة التي يزن بها الثمن أو المثمن للبائع أو المشتري، كما صرّح به غير واحد[١]، لكنّه لا يندرج في إطلاق ضمان العهدة.

ومثله ضمان رداءة الجنس فيهما أيضاً.

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا كان له على رجلين﴾ مثلاً ﴿مال، فضمن كلّ واحد منهما ما على صاحبه﴾ بإذنه دفعةً واحدةً، ورضي المضمون له بذلك، وتساوى المالان من جميع الوجوه ﴿تحوّل ما كان على كلّ واحد منهما إلى صاحبه﴾ بلا خلاف[٢] ولا إشكال؛ لاجتماع شرائط صحّة الضمان في كلّ منهما.

وكأنّ فائدة هذا الضمان: صيرورة كلّ واحد منهما بضمانه فرعاً وبمضمونيّته أصلاً فيتعاكسان، وافتكاك الرهن إن كان عليهما أو على أحدهما؛ لأنّ الضمان أداء... وغير ذلك. ↑

ج ٢٦ / ١٥٠ كما أنّ فائدته ـ مع اختلاف الدين قلّةً وكثرةً وحلولاً وتأجيلاً،

---

(١) كالعلّامة في القواعد: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ١٥٨، والكركي في جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣٢٤، والشهيد الثاني في المسالك: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٢.

(٢) ينظر المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٩، وقواعد الأحكام: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ١٦١، وجامع المقاصد: ضمان المال / في الأحكام ج ٥ ص ٣٤٢، ومسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٥.

والضمان كذلك ـ واضحة.

بل في الفرض لو شرط أحدهما الضمان في مال بعينه وقلنا بصحّته، وحجر عليه لفلس قبل الأداء، أخذ المضمون له حقّه من المال مقدّماً على الغرماء؛ لسبق تعلّق حقّه. إلّا أنّ المفلّس قد استحقّ على المضمون عنه مع فرض كون الضمان بإذنه، ويتعلّق به حينئذٍ حقّ الغرماء، فإذا كان قد أدّى الآخر عنه قبل الحجر عليه ضرب مع الغرماء ولا يتساقط معه؛ لتعلّق حقّ الغير بما عليه، بل يكون له حصّته ويبقى الباقي في ذمّة المفلّس، كما هو واضح.

ولو قبل المضمون له ضمان أحدهما دون الآخر كان الجميع عليه، فإن دفع النصف ـ مثلاً ـ انصرف إلى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين، فإن أطلق قسّط في وجه قويّ تقدّم نظيره في الرهن[1]، ويحتمل صرفه إلى من شاء بعد ذلك، أو القرعة.

نعم، لو أبرأ تعيّن ما قصده، فإن أطلق فالتقسيط، مع احتمال القرعة أيضاً بناءً على أنّها للأعمّ من المشتبه موضوعاً في الواقع.

ولو ادّعى الأصيل قصده في الإبراء، ففي القواعد: «في توجّه اليمين عليه ـ أي المضمون له ـ أو على الضامن إشكال؛ من عدم توجّه اليمين لحقّ الغير وخفاء القصد»[2].

وعن المحقّق الثاني: أنّه استوجه القرعة[3].

---

(١) في ج ٢٦ ص ٥٣٣.

(٢) قواعد الأحكام: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ١٦١.

(٣) جامع المقاصد: ضمان المال / في الأحكام ج ٥ ص ٣٤٦.

ولعلّ الظاهر: أنّ الدعوى بين الضامن والمضمون عنه دون المضمون له، وحينئذٍ فإن صدّقه المضمون له كان القول قوله، كما أنّ القول قول الضامن إن صدّقه.

وإن لم يمكن الرجوع إليه ـ لموت ونحوه ـ فقد يقوى القرعة حينئذٍ بعد اتّفاقهما على أنّه قد قصد مخصوصاً وقلنا بعدم شغل ذمّة المضمون عنه إلّا بالأداء؛ لعدم أصل يرجع إليه حينئذٍ، أمّا مع عدم العلم فالحمل على الإطلاق متّجه.

ولو ادّعى أحدهما على الآخر العلم، كان له اليمين على نفيه، والله العالم.

﴿ولو قضى أحدهما ما ضمنه﴾ عن صاحبه ﴿برئ﴾ من ضمانه ﴿وبقي على الآخر ما ضمنه عنه. و﴾ كذا ﴿لو أبرأ الغريم أحدهما برئ﴾ هو ﴿ممّا ضمنه دون﴾ ما ضمنه ﴿شريكه﴾. ↑ ج ٢٦ / ١٥١

بل قد يقال بعدم الرجوع له عليه وإن أدّى سابقاً، بل وإن لم يؤدّ الآخر بأن أبرأه الغريم ممّا عليه مثلاً؛ لحصول التهاتر بينهما قهراً بمجرّد ضمان كلّ منهما بإذن الآخر. لكنّه ـ كما ترى ـ بعيد عن مذاق الفقه.

ويمكن أن يقال: إنّه وإن قلنا باشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن إذا كان قد أذن له في الضمان ـ وإن لم يجز له الرجوع عليه حتّى يؤدّي ـ إلّا أنّ الظاهر كون ذلك على جهة المراعاة، فإن لم يؤدّ ـ لإبراءٍ ونحوه ـ ينكشف عدم اشتغالها، وإن أدّى تبيّن اشتغالها، فلا تهاتر حينئذٍ في الفرض. وكذا لو قلنا بكون السبب لاشتغالها العقد المأذون فيه مع الأداء.

فتأمّل جيّداً؛ فإنّ المسألة غير محرّرة في كلامهم، وسيأتي عن قريب بعض الكلام فيها إن شاء الله.

هذا كلّه في ضمان كلّ منهما ما على الآخر.

أمّا لو ضمن اثنان عن واحد: فإن كان على التعاقب فالضامن مَن رضي المضمون له بضمانه، بل لو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق.

وإن كان ضمانهما دفعةً فالضامن مَن رضي به منهما، وإن رضي بهما كذلك ففي:

الصحّة مع التقسيط بالنصف في الفرض، والثلث إن كانوا ثلاثة ... وهكذا.

أو الصحّة مع التخيير ومطالبة من شاء منهما ومطالبتهما معاً، كما عن ابن حمزة في الوسيلة، وسمّاه بضمان الانفراد[١]، وعكسه ـ وهو ضمان الواحد عن جماعة ـ ضمان الاشتراك، بل قيل: «إنّهم جزموا به في باب الديات فيما إذا قال: ألق متاعك وعلى كلّ واحد منّا ضمانه»[٢]، بل عن الفاضل في درسه توجيهه: بوقوع مثله في العبادات كالواجب على الكفاية، وفي الأموال كالأيدي المتعاقبة على المغصوب[٣].

أو بطلان الضمان من أصله، كما عن المختلف[٤] وجامع

---

(١) الوسيلة: بيان الضمان ص ٢٨١.

(٢) مفتاح الكرامة: ضمان المال / في الأحكام ج ١٦ ص ٤٦٩.

(٣) نقله في إيضاح الفوائد: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ٨٩.

(٤) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٦٦ ـ ٤٦٧.

المقاصد[١].

أقوال ؛ ومن هنا قال في القواعد : «إشكال»[٢].

ولكن لا يخفى على من أحاط خبراً بنظائر المسألة قوّة الأخير منها، وما ذكره الفاضل من وجود النظير ـ لو سلّم أنّه مثله ـ لا يصلح دليلاً للمسألة ، مع أنّه قد تقدّم منّا في المباحث السابقة ما يستفاد منه وضوح الفرق بين ذلك وبين الأيدي المتعاقبة ، والله العالم .

↑ ج ٢٦ / ١٥٢

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه، لم يرجع على المضمون عنه﴾ المفروض إذنه بالضمان ﴿إلّا بما أدّاه﴾ لما عرفت سابقاً من أنّه ليس له إلّا ذلك نصّاً وفتوى ، بل هو مشروط بما إذا لم يزد عن الحقّ ، وإلّا رجع بالحقّ خاصّة .

فالضابط حينئذٍ : الرجوع بأقلّ الأمرين ممّا أدّاه ومن الحقّ في كلّ موضع له الرجوع .

وكأنّ المصنّف أشار بما ذكره إلى خلاف بعض العامّة الذي جوّز الرجوع مع الإبراء عن الكلّ أو البعض ؛ لأنّه هبة له خاصّة من ربّ الدَّين[٣].

---

(١) جامع المقاصد: ضمان المال / في الأحكام ج ٥ ص ٣٤١ ـ ٣٤٢.

(٢) قواعد الأحكام: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ١٦٠.

(٣) فتح العزيز: ج ١٠ ص ٣٩١ ـ ٣٩٢.

وهو باطل عندنا ؛ لما عرفت . نعم ، لو قبض منه الجميع ثمّ وهبه بعضه أو جميعه جاز له الرجوع ؛ لصدق الأداء ، بل لعلّه كذلك إذا احتسبه من حقّ زكاة عليه مثلاً .

﴿ولو دفع عرضاً[(١)] عن مال الضمان رجع بأقلّ الأمرين﴾ من القيمة والدين ، من غير فرق بين أن يكون قد رضي المضمون له به عنه بغير عقد ، وبين ما لو صالحه عنه بالدين .

نعم ، لو صالحه عليه بما يساوي الدين في ذمّته وقاصّه به اتّجه رجوعه به ؛ لثبوتها له في ذمّته وأدائها عن الدين ، مع احتمال الرجوع بالقيمة خاصّة ؛ لأنّ وضع الضمان على الارتفاق ؛ ولعلّه لذا توقّف فيه الفاضل في المحكي من التذكرة[(٢)] ، والله العالم .

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا ضمن عنه ديناراً﴾ مثلاً ﴿بإذنه، فدفعه﴾ المضمون عنه ﴿إلى الضامن، فقد قضى ما عليه﴾ بناءً على اشتغال ذمّته له بضمانه عنه المأذون فيه ، وإن كان لا يستحقّ الرجوع عليه إلّا بالأداء ؛ لأنّ الضمان نوع أداء ، والفرض حصوله بإذنه ، فيقتضي شغل ذمّة المضمون عنه ، فيصحّ حينئذٍ الدفع له وفاءً ، كما يصحّ للضامن إبراء ذمّة المضمون عنه قبل الأداء ، وهذا كلّه لا ينافي عدم استحقاق المطالبة له إلّا

(١) في متن نسخة الشرائع: عوضاً.

(٢) تذكرة الفقهاء: ضمان المال / فيما يرجع به الضامن ج ١٤ ص ٣٦٠.

بالأداء؛ للدليل.

نعم، قد يقال: إنّ الدفع وفاءً مثلاً ـ وكذا الإبراء ـ مراعى بحصول الأداء منه، فإن حصل استقرّ ذلك، وإلّا انفسخ ورجع المال إلى المضمون عنه. أو يقال: إنّ ذلك على الكشف؛ بمعنى: أنّه بحصول الأداء ينكشف وقوعه في محلّه، وإلّا انكشف عدم شغل ذمّته من الأصل. ↑ ج ٢٦ / ١٥٣

لكنّ ذلك ونحوه لا نرى أحداً مصرّحاً به من الأصحاب، بل في المسالك[١] والمحكي من غيرها[٢] ما يقتضي خلافه؛ وأنّه لا تشتغل ذمّة المضمون عنه إلّا حين أداء الضامن.

ولعلّه للأصل، مع عدم ثبوت كون الضمان أداءً بالنسبة إلى ذلك، وإن كان هو كالأداء بالنسبة إلى براءة ذمّة المضمون عنه، فلا سبب حينئذٍ لشغل ذمّة المضمون عنه إلّا الأداء المأذون فيه بالإذن بالضمان؛ لقاعدة احترام مال المسلم.

وحينئذٍ فالنصوص الدالّة على عدم الرجوع إلّا به وإلّا بمقدار ما أدّى[٣] كاشفة عن ذلك، لا أنّها مخصّصة لقاعدة تسلّط من له الدين على من عليه، ولا أنّها مفيدة لأحكام أُخر يصعب التزامها، ولعلّ هذا

---

(١) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٧.

(٢) كقواعد الأحكام: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ١٥٩، وجامع المقاصد: ضمان المال / في الأحكام ج ٥ ص ٣٢٨ ـ ٣٢٩.

(٣) تأتي الإشارة إليها في ص ٣٢٦.

هو الأقوى.

وحينئذٍ لا يكون ما يدفعه المضمون عنه قضاءً، بل هو مدفوع ليكون وفاءً له إذا أدّى.

بل في المسالك: «لا يبعد كونه مضموناً عليه؛ لقاعدة على اليد وكونه كالمقبوض بالسوم، واستشكل فيه في التذكرة بعد أن حكم به. نعم، لو قال المضمون عنه للضامن: اقض به ما ضمنت عنّي فهو وكيل، والمال في يده أمانة. والفرق بينه وبين ما سبق واضح؛ لأنّه دفعه في السابق إليه إمّا مطلقاً أو أنّه الحقّ المضمون، وعلى التقديرين ليس مستحقّاً عليه للضامن، بخلاف قوله: اقض به ما ضمنت، فإنّه وكالة في قبضه ودفعه»[1].

قلت: قد يقال: إنّ مرجع الأوّل إلى الأمانة أيضاً؛ ضرورة عدم كونه وفاءً فعلاً قبل الاشتغال، فليس هو إلّا على ملك المضمون عنه، بل لابدّ من التزام التوكيل للضامن في قبضه وفاءً بعد الأداء، فلا ضمان حينئذٍ. والقياس على المقبوض بالسوم ليس من مذهبنا، وقاعدة: «على اليد ...»[2] مخصّصة بالأمانة، ولعلّه لذا استشكل فيه في التذكرة، وهو في محلّه.

---

(١) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨.

(٢) عوالي اللآلي: ح ٢ ج ٣ ص ٢٤٦، مسند أحمد: ج ٥ ص ١٢، سنن أبي داود: ح ٣٥٦١ ج٣ ص ٢٩٦، سنن ابن ماجة: ح ٢٤٠٠ ج ٢ ص ٨٠٢، سنن الدارمي: ج ٢ ص ٢٦٤، المستدرك (للحاكم): ج ٢ ص ٤٧، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٩٠، المصنّف (لابن أبي شيبة): ج ٢٠ ج ٥ ص ٦٦.

نعم، لو دفعه له بعنوان القرض له مقدّمةً لحصول التهاتر بعد الأداء أمكن، لكنّه غير المفروض.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو قال﴾ أي الضامن ـ على ما في المسالك[1] ـ للمضمون عنه: ﴿ادفعه﴾ أنت ﴿إلى المضمون له، فدفعه، فقد برئا﴾ أمّا الضامن فلوفاء دينه، وأمّا المضمون عنه فلأنّ الضامن لم يغرم، فلا يرجع عليه.

ج ٢٦ / ١٥٤

ويمكن اعتبار التقاصّ القهري؛ لثبوت ما دفعه المديون في ذمّة الضامن، لأنّه المديون وقد أذن في وفائه، وثبوت مثله في ذمّة المضمون عنه لأدائه، فيتقاصّان.

وفيه: أنّ أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بإذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمّة الضامن بمثله؛ إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده وعدم توقّف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون، كما أنّه لا يستحقّ رجوعاً على المضمون عنه؛ لعدم حصول الأداء منه؛ فلا تقاصّ حينئذٍ؛ لعدم ثبوت المالين في ذمّة كلّ منهما، فتأمّل.

ولو فسّرت العبارة بإرجاع ضمير «قال» إلى المضمون عنه ـ أي قال للضامن: «ادفعه إلى المضمون له» فقد برئا معاً ـ كان ممكناً، والوجه فيه حينئذٍ واضح لما عرفت.

﴿و﴾ يكون هذا كما ﴿لو دفع المضمون عنه إلى المضمون له

---

(١) الهامش قبل السابق: ص ٢٠٨.

بغير إذن الضامن﴾ فإنّه لا إشكال ولا خلاف في أنّه إذا كان كذلك ﴿برئ الضامن والمضمون عنه﴾ بلا رجوع من الضامن على المضمون عنه ؛ لعدم الأداء منه عنه ، كما هو واضح .

ولو تبرّع متبرّع بالضمان ، ثمّ سأل آخر الضمان عنه فضمن وأدّى ، رجع عليه دون الأصل .

ولو أنكر المضمون عنه الإذن في الضمان ، أو أنكر الدين ، كان القول قوله .

ولو أنكر الضامن الضمان ، فاستوفي الحقّ منه بالبيّنة ، لم يرجع على المضمون عنه إذا كان قد أنكر أصل الدين أو أصل الإذن بالأداء عنه في ضمن الضمان وغيره ؛ ضرورة علمه بفراغ ذمّة المضمون عنه وعدم استحقاق الرجوع عليه وأنّه قد أُخذ منه ظلماً بالبيّنة المخطئة .

نعم ، لو لم ينكر أصل الدين ولا أصل الإذن بالأداء عنه ، ولا المضمون عنه أصل الإذن له ، أو ثبت ذلك بحجّة شرعيّة ، كان له الرجوع على المضمون عنه مقاصّةً ظاهراً ؛ لعدم منافاة إنكار الضمان لذلك ، ضرورة كونه أخصّ من استحقاق الرجوع الذي يمكن أن يكون بالإذن بالأداء من دون ضمان .

فله المطالبة حينئذٍ بأن يقول : «إنّي أدّيت عنك دينك على وجهٍ أستحقّ به الرجوع عليك» ويقيم البيّنة على الإذن إن كانت وإن كان ↑ وجه الاستحقاق هو الضمان بالإذن ؛ لأنّ التوصّل إلى الحقّ بطريق لا يكون مشتملاً على محذور جائز . ج ٢٦ / ١٥٥

والظاهر أنّه يسوغ للبيّنة الشهادة بالإذن من دون تعيين الضمان الذي أنكره، حتّى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم.

وعلى كلّ حال فله الرجوع ظاهراً، نعم له المقاصّة باطناً إذا كان كاذباً في إنكاره الضمان بالإذن، إلّا أن يعترف له المضمون عنه بذلك.

ولو أذن له بأداء دينه من دون ضمان، فادّعاه المأذون وأنكره الآذن، كان القول قول المأذون؛ لأنّه وكيله وأمينه، من غير فرق بين تصديق المستحقّ وعدمه.

نعم، لو قيّد الآذن إذنه بالإشهاد فتركه المأذون لم يكن له الرجوع عليه ولو صدّقه المستحقّ؛ إذ يمكن أن يكون تصديقه مواطأةً. وليس الغرض سقوط المطالبة الحاصل بذلك، بل براءة الذمّة في الواقع ولم يحصل ما يدلّ عليها. اللّهمّ إلّا أن يجعل إقراره بذلك طريقاً لها أيضاً، على أنّ الفرض التقييد بالإشهاد ولم يحصل.

نعم، لو لم يقيّد بذلك وأطلق الإذن، أمكن الاكتفاء بإقراره وإن قلنا بتقصيره بترك الإشهاد على وجهٍ لا يستحقّ الرجوع معه، إلّا أنّ من المعلوم كون ذلك لإرادة سقوط المطالبة والبراءة، والفرض حصولهما بالإقرار. وكذا لو كان الدفع بحضور الأصيل.

ومن التأمّل فيما ذكرنا يظهر لك مواقع النظر فيما ذكره الفاضل في القواعد[1]، بل قد يظهر من بعض كلماته فرض المسألة في

---

(١) قال: «ولو ادّعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحقّ: فإن كان في غيبة الآذن فهو مقصّر بترك الإشهاد: إذ كان من حقّه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات، فلا يرجع عليه إن كذّبه، وإن صدّقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل، والرجوع لاعترافه ببراءة ذمّته وفعل ما أذن ←

الضمان[١]، ومن المعلوم عدم جريان جملة من الفروع فيه؛ ولذا فرضناها في المأذون بالأداء بدونه. وقد عرفت الكلام سابقاً في الضمان، فلاحظ وتأمّل.

وقد تقدّم لنا سابقاً ويأتي في باب الوكالة وغيرها ما يستفاد منه أيضاً وجه النظر في جملة من ذلك، فلاحظ وتأمّل جيّداً، والله العالم.

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿إذا ضمن بإذن المضمون عنه ثمّ دفع ما ضمن؛ وأنكر المضمون له القبض، كان القول قوله مع يمينه﴾ لأصالة عدم القبض.

وفي المسالك: «وحينئذٍ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه ↑ ج ٢٦
بشيء؛ لعدم تحقّق غرمه المشروط به استحقاق الرجوع»[٢]. ١٥٦

← فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحقّ».

«وهل له إحلاف الأصيل لو كذّبه؟ فإن قلنا بالرجوع مع التصديق حلّفه على نفي العلم بالأداء، وإن قلنا: بعدمه فإن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار لم يحلّفه؛ لأنّ غايته النكول ليحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل، وإن قلنا: كالبيّنة حلّف الأصيل فلعلّه ينكل».

«ولو جحد الأصيل الدفع وصدّق المستحقّ احتمل الرجوع؛ لسقوط المطالبة بإقراره الذي هو أقوى من البيّنة، وعدمه؛ إذ قول المستحقّ ليس حجّة على الأصيل، ولو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان؛ إذ التقصير ينسب إليه، ولا تفريط لو أشهد رجلاً وامرأتين، أو مستورين، وفي رجل واحد ليحلف معه نظر».

«ولو اتّفقا على الإشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان».

«ولو ادّعاه الدافع فأنكر الأصيل الإشهاد تعارض أصلا عدم الإشهاد وعدم التقصير، لكن تأيّد الأوّل بأصالة براءة ذمّته» انتهى. (منه رحمه الله).

(١) قواعد الأحكام: ضمان المال / في الأحكام ج ٢ ص ١٦١ ـ ١٦٢.

(٢) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٨.

قلت : وهو كذلك وإن توجّهت المخاصمة بينهما ، ويتوجّه له اليمين عليه .

ولو ردّ المضمون له اليمين على الضامن في الأوّل فحلف ، ففي استحقاق الرجوع على المضمون عنه بذلك وعدمه وجهان ، أقواهما العدم ، بل وكذا في استحقاقه بتصادق الضامن والمضمون له .

وعلى كلّ حال ﴿فـ﴾ في مفروض المتن : ﴿إن شهد المضمون عنه للضامن قبلت شهادته﴾ وإن كان الضمان بالإذن ؛ لأنّه حينئذٍ شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع وشهادة على غيره . نعم ، هي مقبولة كغيرها من الشهادات ﴿مع انتفاء التهمة﴾ .

وإليه يرجع ما عن الفخر من «أنّ شهادة المضمون عنه بالضمان تردّ إجماعاً ، وبالأداء إن أثّرت في البراءة فكالضمان على التأمّل[1] عندهم»[2].

وفرضت التهمة فيما إذا كان أداء الضامن بالصلح بأقلّ من الحقّ .

ونوقش[3] : بالاكتفاء في ذلك باعتراف الضامن .

وبإعسار[4] الضامن مع عدم علم المضمون له .

وبتجدّد[5] الحجر عليه لفلس ، وكان للمضمون عنه عليه دين .

---

(١) في المصدر بدل «على التأمّل»: غير الناقل.

(٢) نقله عنه الشهيد في الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٢٩٠، نعم ما هنا مطابق لنقل مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٤٨٦.

(٣) كما في جامع المقاصد: ضمان المال / في الأحكام ج ٥ ص ٣٥٠، والروضة البهيّة: كتاب الضمان ج ٤ ص ١٣٠، ومسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢٠٩.

(٤ و٥) الأولى التعبير بـ «وفي إعسار ... وفي تجدّد» لأنّ هذين فرضان للتهمة.

وبغير ذلك ممّا يمكن فرضه ؛ إذ الفرض أنّها شهادة مقبولة في نفسها إلّا إذا اقترنت بما يمنعها من جرّ نفع أو خصومة أو غير ذلك ، لا أنّها مردودة في نفسها لكونها ممّا يجرّ نفعاً باعتبار كون الدين دينه ؛ لأنّه بالضمان قد برئ عندنا وصار كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك .

هذا كلّه ﴿على﴾ مذهبنا من ﴿القول بـ﴾ اقتضاء الضمان ﴿انتقال المال﴾ أمّا على مذهب مخالفينا ـ من كونه ضمّ ذمّة إلى اُخرى ـ فلا إشكال في عدم قبول شهادته ، كما هو واضح .

﴿ولو لم يكن﴾ المضمون عنه ﴿مقبولاً﴾ لجرّ نفع أو فسق أو خصومة ... أو غير ذلك ﴿فحلف المضمون له، كان له مطالبة الضامن مرّة ثانية﴾ على زعم الضامن ﴿و﴾ لكن ﴿يرجع الضامن على المضمون عنه بما أدّاه أوّلاً﴾ على الوجه الذي عرفته سابقاً ، لا الأخير الذي هو ظالم بزعمهما فيه .

﴿ولو لم يشهد المضمون عنه﴾ أي لم يصدّق الضامن بدعواه ↑
﴿رجع الضامن﴾ عليه ﴿بما أدّاه أخيراً﴾ لعدم ثبوت أداء سواه . ج ٢٦ / ١٥٧

نعم ، الظاهر توجّه الخصومة بينهما كما أشرنا إليه سابقاً ، كما أنّ الظاهر تقييد ذلك بما إذا لم يزد المدفوع أخيراً على الأوّل ولا على الحقّ ، وإلّا رجع بالأقلّ من الثلاثة ؛ لأنّه إن كان هو ما غرمه أوّلاً فلاعترافه بعدم استحقاق ما سواه ، وإن كان ما دفعه أخيراً فلما عرفت من عدم ثبوت غيره ، وإن كان هو الحقّ فلما عرفت من أنّ الرجوع إنّما هو في الأقلّ منه والمدفوع .

ولذا قال في بعض نسخ المتن[١]: ﴿ولو قيل: يرجع بأقلّ الأمرين ممّا أدّاه أوّلاً وأخيراً، كان حسناً﴾ والله العالم.

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿إذا ضمن المريض﴾ تبرّعاً ﴿في مرضه ومات فيه، خرج ماضمنه من ثلث تركته على الأصحّ﴾ من كون المنجّزات منه لا من الأصل؛ إذ لا إشكال في كون الفرض منها.

نعم، لو ضمن بسؤال ففي المسالك: «هو كما لو باع بثمن المثل نسيئةً، فالوجه حينئذٍ أنّه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الأصل، وإن لم يمكن ـ لإعساره ونحوه ـ فهو من الثلث. ولو أمكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباة يتوقّف ما يفوت منه على الثلث»[٢].

ولكن لا يخلو من نظر؛ ضرورة كونه كالقرض ونحوه، لعدم التبرّع فيه بشيء.

المسألة ﴿التاسعة﴾

﴿إذا كان الدين مؤجّلاً فضمنه حالّاً﴾ بإذن المضمون عنه في ذلك وعدمه، ففي المحكي عن المبسوط[٣]: ﴿لم يصحّ. وكذا لو كان إلى شهرين فضمنه إلى شهر؛ لأنّ الفرع لا يرجح على الأصل﴾ ووافقه على ذلك فخر الإسلام[٤] والكركي[٥]، بل عن المختلف: أنّه

---

(١) لم يشر إليها في نسختي الشرائع والمسالك.

(٢) مسالك الأفهام: ضمان المال / في اللواحق ج ٤ ص ٢١٠ ـ ٢١١.

(٣) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٤١.

(٤) إيضاح الفوائد: ضمان المال / في أركانه ج ٢ ص ٨١ ـ ٨٢.

(٥) جامع المقاصد: ضمان المال / في أركانه ج ٥ ص ٣١٠.

استحسنه(١)، بل قد عرفت أنّ الأُولى مقتضى ظاهر من اعتبر الأجل في الضمان، وإن كان ذلك حيثيّة أُخرى غير ما نحن فيها؛ ولذا منع منها هنا من لم يعتبر الأجل فيه.

﴿و﴾ لكن مع ذلك كلّه ﴿فيه تردّد﴾ بل منع؛ لما سمعته سابقاً من عدم الدليل على اشتراط الأجل فيه، بل ظاهر الأدلّة خلافه، كما أنّه لم يثبت مانعيّة زيادة الفرع على الأصل.

ودعوى(٢): اعتبار مشروعيّة الضمان على المساواة، ممنوعة. ↑

ج ٢٦/١٥٨ كدعوى(٣): أنّ ذلك من ضمان ما لم يجب ـ باعتبار أنّ الحلول زيادة في الحقّ وكذا نقصان الأجل؛ ولذا تختلف الأثمان باختلافه ـ ضرورة أنّ المضمون المال، والأجل إنّما هو من التوابع ومن الحقوق للمديون التي يجوز له التبرّع بإسقاطها في وجه، وإن كان مع إذنه في الضمان دون الحلول لم يستحقّ الرجوع عليه إلّا للأجل، كما عرفته سابقاً.

وكذا دعوى(٤): اعتبار الإرفاق في الضمان؛ إذ لا دليل عليها، بل ظاهر الأدلّة خلافها. على أنّه مع التبرّع لا ينافي الإرفاق، كما أنّه ↑

ج ٢٦/١٥٩ لا يختصّ الإرفاق بهذه الجهة، وقد أشرنا إلى ذلك سابقاً، والله العالم.

---

(١) مختلف الشيعة: الديون / في الضمان ج ٥ ص ٤٧٠.

(٢) كما في جامع المقاصد: (انظر المصدر قبل السابق).

(٣) كما في إيضاح الفوائد وجامع المقاصد: (تقدّم مصدرهما آنفاً).

(٤) ذكرت كدليل للخصم ـ مع ردّها ـ في التنقيح الرائع: كتاب الضمان ج ٢ ص ١٨٨، ومفتاح الكرامة: ضمان المال / في أركانه ج ١٦ ص ٣٥٨.

﴿القسم الثاني﴾

﴿في الحوالة﴾

بفتح الحاء كسحابة(١)، وهي مشروعة بالنصّ وإجماع الأُمّة كما عن المبسوط(٢) والسرائر(٣). وليست بيعاً ولا محمولةً عليه عند علمائنا أجمع في محكيّ التذكرة(٤).

﴿والكلام﴾ فيها يكون : ﴿في العقد، وفي شروطه، وأحكامه﴾ :

﴿أمّا الأوّل﴾

﴿فالحوالة﴾ المتّفق على صحّتها : ﴿عقد شرّع لتحويل المال من ذمّة إلى ذمّة مشغولة بمثله﴾ ولو باعتبار انتقال مثله إلى المحال عليه، كما ستعرف تحقيق الحال في ذلك.

فلا ينتقض بالحوالة على البريء وإن كان الأصحّ عند المصنّف

---

(١) القاموس المحيط: ج ٣ ص ٥٣٢ (حول).

(٢) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٢.

(٣) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: الحوالة / في ماهيّتها ج ١٤ ص ٤٢٩.

ـ على ما ستسمع ـ صحّتها . إلّا أنّ فيها خلافاً .

وقد حاول الفاضل إدخالها بحذف قيد «الشغل» لكنّه ينتقض بالضمان .

والأمر في ذلك كلّه سهل بعد أن ذكرنا غير مرّة أنّ المراد بها التمييز في الجملة ، فهي أشبه شيء بالتعاريف اللغويّة .

كسهولة الأمر في : أنّها عقد أو الأثر الحاصل منه ، بعد ما عرفت تحقيق الحال في ذلك في البيع[1] وفي أنّ ألفاظ العقد مخصوصة أو يحصل بكلّ ما دلّ عليه منها إذا كان على طريق العرف واللغة ، بعد أن تقدّم منّا تمام الكلام أيضاً في ذلك ، بل وفي حكم المعاطاة التي قد تقدّم أيضاً منّا تمام الكلام فيها[2] .

[شروط الحوالة]

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿يشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال﴾ بلا خلاف أجده في الأوّل والأخير[3] ، بل الإجماع بقسميه عليهما[4] ، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر . وهو الحجّة ، مضافاً

(١) في ج ٢٣ ص ٣٣١...

(٢) في ج ٢٣ ص ٣٤١...

(٣) نفى الخلاف في مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٣٠٨، ورياض المسائل: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٢٨٠.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: الحوالة / في الشرائط ج ١٤ ص ٤٤١ و ٤٤٢، ومسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٣، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٢ ج ٣ ص ١٤٨، وكفاية الأحكام: الضمان / في الحوالة ج ١ ص ٥٩٦ ،والحدائق الناضرة: الحوالة / المسألة الثانية ج ٢١ ص ٤٧.

إلى أُصول المذهب وقواعده.

لكن في المسالك[١] ومحكيّ التذكرة[٢] وغيرها[٣] أنّه «يستثنى من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء، فإنّه لا يعتبر رضا المحيل قطعاً؛ لأنّه كوفاء دينه وضمانه بغير إذنه. والعبارة عنه حينئذٍ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي، فيقبل».

وزاد في المسالك: «فيشترط هنا رضا المحتال والمحال عليه ويقومان بركن العقد، بخلاف رضا المحال عليه فيما تقدّم؛ لقيام العقد بغيره»[٤]. ↑ ج ٢٦ / ١٦٠

وفيه: إمكان منع صحّة هذه الحوالة؛ لعدم إطلاق في نصوص المقام يتناولها، و «أوفوا بالعقود»[٥] إنّما يراد منه العقود المتعارفة؛ أي البيع والصلح والحوالة... ونحوها، فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها، بعد فرض عدم إطلاق فيها يتناولها.

بل محكيّ الإجماع مستفيضاً[٦] على اعتبار رضا المحيل يشهد

---

(١) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: الحوالة / في الشرائط ج ١٤ ص ٤٤٢.

(٣) كالروضة البهيّة: كتاب الحوالة ج ٤ ص ١٣٧، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٣ ج ٣ ص ١٤٩، والحدائق الناضرة: الحوالة / المسألة الثانية ج ٢١ ص ٤٩ ـ ٥٠.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

(٥) سورة المائدة: الآية ١.

(٦) انظر هامش (٣ و٤) من الصفحة السابقة.

بخلاف ذلك.

كما أنّ اتّفاقهم على أنّ المحيل والمحتال من أركان عقد الحوالة ـ وأنّ بالإيجاب من الأوّل والقبول من الثاني يتمّ العقد ـ يشهد بخلافه أيضاً؛ ضرورة عدم اختلاف أركانها.

ودعوى[١]: قيام المحال عليه مقام ذلك، مصادرة محضة مخالفة لما عرفت. فالأولى عدم الاستثناء المزبور.

هذا كلّه في الأوّل والأخير.

وأمّا اعتبار الرضا في الثاني فهو المشهور[٢]، بل عن الأردبيلي: أنّه لم يظهر فيه خلاف[٣]، بل في محكيّ التذكرة. نسبته إلى أصحابنا[٤]، والمختلف: إلى علمائنا[٥]، بل عن الشيخ: دعوى الإجماع[٦]. وإن كنّا لم نتحقّقه، وإنّما المحكي عن المبسوط[٧] والخلاف[٨] ما عن الغنية[٩]

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٤.

(٢) كما في المهذّب البارع: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ٥٢٨، والتنقيح الرائع: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ١٩٢، وجامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٧، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٢ ج ٣ ص ١٤٨.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٣٠٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: الحوالة / في الشرائط ج ١٤ ص ٤٤٤.

(٥) مختلف الشيعة: الديون / في الحوالة ج ٦ ص ٣.

(٦) وقعت نسبة الإجماع إلى الشيخ في جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٨، ومسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٣.

(٧) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٢.

(٨) الخلاف: الحوالة / مسألة ٢ ج ٣ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٩) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٧.

والسرائر[١] من الإجماع على صحّة الحوالة مع رضاه بخلاف حال عدمه، وهو ـ كما ترى ـ ليس إجماعاً في المقام، بل مشعر بوجود الخلاف، إلّا أنّ الظاهر إرادته ولو من العامّة.

نعم، هو محكي عن التقي[٢]، بل لعلّه ظاهر المحكي عن المقنعة[٣] والنهاية[٤]، بل عن الفاضل في المختلف الميل إليه[٥]، بل هو خيرة المقتصر[٦] والتنقيح[٧] وإيضاح النافع[٨] والمسالك[٩] والروضة[١٠] على ما حكي عن بعضها.

بل في الثاني: «إن اعتبرنا شغل الذمّة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً، وإن لم يشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلابدّ من رضاه قطعاً»[١١].

وإن كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً، نعم هو كذلك في سابقه أي الحوالة على البريء بناءً على صحّتها كما اعترف به غير واحد من

---

(١) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٩.
(٢) الكافي في الفقه: في الكفالة والحوالة ص ٣٣٩.
(٣) المقنعة: الديون / الضمانات والكفالات ص ٨١٤ ـ ٨١٥.
(٤) النهاية: الديون / الكفالات و الضمانات ج ٢ ص ٣٩ ـ ٤٠.
(٥) مختلف الشيعة: الديون / في الحوالة ج ٦ ص ٤.
(٦) المقتصر: كتاب الضمان ص ١٩٧.
(٧) تأتي عبارته قريباً.
(٨) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الضمان / في الحوالة ج ١٦ ص ٤٩٩.
(٩) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٣.
(١٠) الروضة البهيّة: كتاب الضمان ج ٤ ص ١٣٦.
(١١) التنقيح الرائع: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ١٩٣.

الأفاضل[١]، فالبحث حينئذٍ في مشغول الذمّة ولو بغير المثل، كما ستعرف.

وعلى كلّ حال، فليس للمشهور ـ بعد الإجماع المحكي الذي لم نتحقّقه، بل المظنون توهّمه ممّا عرفت ـ:

سوى: أصالة بقاء الحقّ في ذمّة المحيل، المقطوعة بعموم: «أوفوا...»[٢] وبإطلاقات الحوالة؛ إذ لا ريب في عدم اعتبار رضاه في ↑
مفهومها المتحقّق بالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال. ج ٢٦ / ١٦١

ومن هنا قيل[٣]: مع فرض اعتباره لا فرق بين مقارنته ولحوقه، بل وسبقه؛ إذ ليس هو من أركان العقد المعتبر فيه اتّصال قبوله بإيجابه وكونه باللفظ العربي... ونحو ذلك، بل لا يبعد كونه كاشفاً ـ مع فرض تأخّره ـ على نحو الرضا في عقد الفضولي.

إلّا أنّه لم أجد مصرّحاً به، كما أنّي لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول؛ بأن يكون هذا العقد مركّباً من إيجاب وقبولين، وإن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم أيضاً.

وسوى: اختلاف الناس في سهولة القضاء والاقتضاء، المعلوم عدم رجوعه إلى حاصل؛ ضرورة تسلّط الناس على أموالها، ولذا جازت الوكالة على استيفائه ونقله إلى الغير ببيع وصلح ونحوهما.

---

(١) كالكركي في جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٨، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الحوالة ج ٤ ص ١٣٧.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) كما في مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٤، والروضة البهيّة: كتاب الحوالة ج ٤ ص ١٣٦ ـ ١٣٧.

وسوى : دعوى اقتضاء الحوالة النقل ، كما هو مقتضى ما سمعت من تعريفها ، بل في محكيّ التذكرة : «الحوالة تقتضي نقل الحقّ من ذمّة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع»(١) . وكذا عن الخلاف(٢) والمبسوط(٣) والغنية(٤) والسرائر(٥) ، وأنّه لذلك سمّيت حوالة ، ولا ريب في توقّف الانتقال إلى ذمّة الغير على رضاه .

التي يمكن منعها بالمعنى المزبور ، وأنّها إنّما تقتضي الوفاء بما له في ذمّة الغير عمّا في ذمّته ، خصوصاً بعد كون المتعارف في القصد بالتحويل ذلك ، لا انتقال ما في ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه عوضاً عمّا له في ذمّته ، ولا وجه لاقتضائها ذلك مع فرض عدم قصده . نعم ، هو كذلك في الحوالة على البريء التي هي كالضمان ، بخلاف الفرض الذي هو كالوفاء .

بل يمكن إرادة كونها ناقلة بمعنى : اقتضائها نقل ما في ذمّة المحال عليه إلى ملك المحتال عوضاً عمّا له في ذمّة المحيل ؛ ومن هنا تخيّل بعض العامّة أنّها بيع أو معاوضة(٦) .

---

(١) تذكرة الفقهاء: الحوالة / في الشرائط ج ١٤ ص ٤٣٦.
(٢) الخلاف: الحوالة / مسألة ٤ ج ٣ ص ٣٠٦.
(٣) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٣.
(٤) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٨.
(٥) السرائر: الديون / باب الكفالات ج ٢ ص ٧٩.
(٦) المجموع: ج١٣ ص٤٢٦ و٤٣١ و ٤٤٠، فتح العزيز: ج ١٠ ص ٣٣٨، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥٤ و٥٧، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٥٤ و٥٨، مغني المحتاج: ج ٢ ص ١٩٣ و١٩٥.

بل يمكن إرادتهم في التعريف المزبور وغيره ذلك أيضاً، على معنى: اقتضائها انتقال مساوي حقّ المحتال في ذمّة شخص آخر غير المحيل إليه، بل قد يقال توسّعاً: إنّها اقتضت نقل المال من ذمّة إلى ذمّة أُخرى بالاعتبار المزبور.

وبالجملة: فالمسلّم والمتعارف في قصد المتعاقدين ذلك، وهو لا يتوقّف على الرضا؛ إذ هو حينئذٍ كنقله بغير التحويل من البيع ونحوه. ↑ ج ٢٦ / ١٦٢

وأمّا غيره فلا دليل عليه بعد أن لم يكن من مقصود المتعاقدين، بل لا يبعد البطلان مع فرض قصده.

وحينئذٍ فالقول بعدم اعتبار رضاه لا يخلو من قوّة، وإن كان الأحوط خلافه، خصوصاً بعد ما عرفت من الشهرة العظيمة.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿ـمع تحقّقها﴾ جامعةً للشرائط ﴿يتحوّل المال إلى ذمّة المحال عليه﴾ ولو باعتبار انتقال عوضه ـ الذي هو في ذمّة المحال عليه ـ إليه، بل لعلّ المراد: أنّه يتحوّل المال؛ أي يتبدّل بما في ذمّة المحال عليه، خصوصاً بعد العلم بأنّ استفاضة هذه العبارة ـ حتّى حكى عليها الإجماع غير واحد[1]، بل صدرت ممّن قد صرّح بعدم اقتضاء الحوالة النقل بالمعنى السابق، كالمحقّق الثاني[2] والشهيد الثاني[3] ـ إنّما هو في مقابلة المحكي عن زفر من العامّة، حيث قال بعدم

---

(١) كالعلّامة في التذكرة: الحوالة / في الشرائط ج ١٤ ص ٤٣٦، والعاملي في مفتاح الكرامة: الضمان / في الحوالة ج ١٦ ص ٥٠١.

(٢) جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٩ و ٣٦٠ و ٣٦١.

(٣) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٤.

تحوّل الحقّ عن ذمّة المحيل وجعلها كالضمان عندهم[١].

﴿و﴾ على كلّ حال ﴿يبرأ المحيل وإن لم يبرئه المحتال على الأظهر﴾ الأشهر[٢]، بل المشهور[٣]؛ لظهور عدم الرجوع ـ في خبر أبي أيّوب سأل أبا عبدالله عليه السلام: «عن الرجل يحيل الرجل بالمال، أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً، إلّا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»[٤] ـ في البراءة المزبورة.

كخبر منصور بن حازم: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم، أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً، إلّا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»[٥].

وخبر عقبة عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثمّ يتغيّر حال الصيرفي، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال: لا»[٦].

---

(١) حلية العلماء: ج ٥ ص ٣٥، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥٨، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٥٥، بدائع الصنائع: ج ٦ ص ١٧.

(٢) كما في كفاية الأحكام: الضمان / في الحوالة ج ١ ص ٥٩٧.

(٣) كما في جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٠، ومسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٤ ـ ٢١٥، والروضة البهيّة: كتاب الحوالة ج ٤ ص ١٣٧.

(٤) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الحجر والإفلاس ح ٣٢٥٩ ج ٣ ص ٢٨، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٣٣.

(٥) الكافي: المعيشة / باب الكفالة والحوالة ح ٤ ج ٥ ص ١٠٤، تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٥ الحوالات ح ٣ ج ٦ ص ٢١٢، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الضمان ح ٣ ج ١٨ ص ٤٣٤.

(٦) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٦، و «الوسائل»: ح ٤.

بل ذلك مقتضى الحوالة التي هي بمعنى النقل ولو بالوجه الذي ذكرناه، الذي هو نقل المال الذي في ذمّة المحال عليه إلى المحتال، لكن من المعلوم كون ذلك بدلاً وعوضاً عمّا للمحتال في ذمّة المحيل؛ لأنّها من قبيل الوفاء، فيقتضي حينئذٍ براءة ذمّة المحيل.

خلافاً للمحكي عن أبي علي[1] والشيخ في النهاية[2] وأبي الصلاح[3] ↑
والقاضي[4] وظاهر المقنعة[5] ـ بل عن المقداد في التنقيح اختياره[6] ـ ج ٢٦ / ١٦٣
فاعتبروا براءة المحتال للمحيل، وإلّا لم يبرأ.

لخبر زرارة عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر، فيقول له الذي احتال: برئت ممّا لي عليك؟ فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله»[7].

لكنّه خبر واحد موافق للمحكي عن الحسن البصري[8]، ومحتمل:

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الحوالة ج ٦ ص ٤ ـ ٥.

(٢) النهاية: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٤٠.

(٣) الكافي في الفقه: في الكفالة والحوالة ص ٣٤٠.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الحوالة ج ٦ ص ٥.

(٥) المقنعة: الديون / الضمانات والكفالات ص ٨١٤ ـ ٨١٥.

(٦) التنقيح الرائع: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

(٧) الكافي: المعيشة / باب الكفالة والحوالة ح ٢ ج ٥ ص ١٠٤، تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٥ الحوالات ح ١ ج ٦ ص ٢١١، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الضمان ح ٢ ج ١٨ ص ٤٣٣.

(٨) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥٨، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٥٥.

لإرادة الرجوع عليه ولو في حال الإعسار مع الجهل به، وللكناية عن القبول والرضا بالحوالة، فلا يصلح معارضاً لتلك الأخبار ولو على جهة التقييد، ولا لما دلّ على اللزوم في عقد الحوالة المستفاد من الآية[١] والإجماع[٢] وغيرهما.

بل ردّ[٣] هذا القول: ـ مضافاً إلى ما ذكرنا ـ بالإجماع بقسميه على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه.

ولكن قد يناقش: بمنع الإجماع المزبور؛ إذ لا يتصوّر معه الخلاف المذكور الذي قد سمعته من غير واحد، بل المخالف إنّما عبّر بلفظ «الأظهر» ونحوه، ولو أنّ هذا الإجماع محقّق لم يتصوّر محلّ للإبراء معها، كما لا تصحّ هي إذا وقع قبلها.

ومن الغريب ما في المسالك في المقام، حيث قال: «هنا حكمان، أحدهما: أنّ الحوالة تفيد نقل المال وتحوّله من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، وهو موضع وفاق منّا ومن العامّة، إلّا من شذّ منهم فإنّه جعلها كالضمان بمعنى الضمّ، وفساده ظاهر ـ إلى أن قال: ـ وثانيهما: أنّ المحيل يبرأ من حقّ المحتال...»[٤] إلى آخر ما ذكره، مع أنّه في السابق عند البحث على اعتبار رضا المحال عليه ـ بعد أن ذكر

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) تقدّمت الإشارة إلى ذلك في ص ٣١٨.

(٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٣١٠.

(٤) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٤.

دليل الخصم: أنّها تقتضي الانتقال ـ قال: «إنّا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل، بل هي إيفاء لما في ذمّة الغير، فلا يقصر عن بيعه، ولا يشترط فيه رضاه»[١]؛ إذ مع فرض تحقّق الإجماع المزبور لا يتصوّر النزاع المذكور.

نعم، ما يمكن تسليمه من الإجماع: اقتضاء الحوالة النقل بمعنى
انتقال ما في ذمّة المحال عليه إلى المحتال، وأمّا اقتضاؤها مع ذلك
براءة ذمّة المحيل ـ على وجهٍ ليس له الرجوع عليه وإن لم يقبض من ↑
المحال عليه ـ فلا، عند من عرفت، جمعاً بين النصوص المزبورة ج ٢٦ / ١٦٤
بالإطلاق والتقييد، مضافاً إلى أصالة بقاء ذمّة المحيل.

وإن كان الأقوى خلافه؛ لـ:

قصور الخبر المزبور عن ذلك.

ولأنّ الحوالة وإن كان الأصحّ أنّها قسم برأسه لكنّها بحكم الاستيفاء أو الاعتياض، وعلى كلّ حال تقتضي براءة ذمّة المحيل.

ولأنّ المراد والمقصود من المتعاقدين[٢] بها ذلك، فيعلم أنّ شرعيّتها على الوجه المزبور بحيث لو قصدا خلافه مصرّحين لم تشرع الحوالة، كما هو واضح، والله العالم.

﴿ويصحّ أن يحيل على من ليس﴾ له ﴿عليه دين﴾ وفاقاً

---

(١) المصدر السابق: ص ٢١٣.

(٢) الأولى التعبير بـ«والمقصود للمتعاقدين».

للمشهور[١]، بل عن السرائر: الإجماع عليه[٢]. وهو الحجّة، بعد: إطلاق النصوص السابقة، وعموم: «أوفوا بالعقود»[٣]، والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيّتها.

خلافاً للمحكي عن الشيخ في آخر الباب[٤]، وربّما حكي[٥] عن القاضي وابن حمزة وإن كنّا لم نتحقّقه، فانحصر الخلاف فيه، بل المحكي عنه في أوّل الباب الموافقة[٦].

وبنى الخلاف بعضهم: على أنّ الحوالة اعتياض أو استيفاء؛ فعلى الأوّل لا تجوز، وعلى الثاني تجوز[٧].

وفيه: أنّ الأصحّ كونها أصلاً برأسه، وإن لحقها حكم الوفاء في بعض الأحوال، والاعتياض في بعض آخر.

وإلّا فمن المعلوم أنّها ليست وفاءً حقيقةً؛ ولذا لا يجب قبولها وإن كانت على مليّ.

ولا بيعاً كذلك؛ ولذا لم يثبت لها حكم التقابض في المجلس

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الحوالة / المسألة الرابعة ج ٢١ ص ٥٢.

(٢) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٩، عبارته: «ولا خلاف في صحّة ذلك عند أصحابنا معشر الإماميّة».

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣٢١.

(٥) حكاه الفخر في الإيضاح: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ٩٣.

(٦) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٣.

(٧) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٥. مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٣ ج ٣ ص ١٤٩.

لو كانت في النقد .

وعلى كلّ حال ، فلا دليل للخصم سوى :

الأصل ، المقطوع بما عرفت .

ودعوى : استبعاد اختلاف مقتضاها والمراد منها ؛ إذ هي على مشغول الذمّة انتقال وعلى البريء معنى الضمان ، ومن هنا قال المصنّف : ﴿لكن يكون ذلك بالضمان أشبه﴾ بل عن الكاشاني : «الأظهر أنّها ضمان»[1] .

وإن كان فيه ما لا يخفى ؛ ضرورة عدم حصول إنشاء ذلك من المحال عليه حتّى تكون ضماناً ، بل أقصاه الرضا بما أنشأ المحيل من معنى الحوالة ، التي هي حينئذٍ بمعنى الوفاء بإثبات مثل ذلك في ذمّة البريء أو الاعتياض عنه بذلك ، وهو معنى غير معنى الضمان ، بل هو قريب من الحوالة على المشغول . ومثل ذلك لا يقدح في العقد ، فإنّ أفراد البيع ـ مثلاً ـ أشدّ من ذلك تفاوتاً . ↑ ج ٢٦ / ١٦٥

فما عن الكركي ـ من التأمّل في الجواز[2] ـ في غير محلّه ، والله العالم .

﴿وإذا أحاله على المليّ﴾ الوفيّ ﴿لم يجب القبول﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه[3] ، بل قد عرفت المحكي منه على

---

(١) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٢ ج ٣ ص ١٤٩.

(٢) جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٩.

(٣) ينظر المناهل: كتاب الحوالة ص ١٥٢، ونفى الخلاف في مفتاح الكرامة: الضمان / ←

رضا المحتال مستفيضاً.

مضافاً إلى الأصل السالم عن معارضة ما دلّ على وجوب قبول الوفاء من باذله، بعد معلوميّة عدم كونها وفاءً حقيقةً على وجهٍ تندرج في إطلاق تلك الأدلّة، بل هي ناقلة كما عرفت.

فما عن داود الظاهري[١]: من الوجوب ـ لذلك، وللنبوي المرسل: «إذا اُحيل أحدكم على المليّ فليحتل»[٢]، الذي لم نجده في طرقنا، ولا جابر له ولا شاهد، وينبغي حمله على الندب ـ واضح البطلان.

﴿لكن لو قبل﴾ الحوالة عليه ﴿لزم، وليس له الرجوع ولو افتقر﴾ كما لو كان فقيراً من أوّل وقد علم به ورضي، بلا خلاف[٣] ولا إشكال بعد معلوميّة كون الحوالة من العقود اللازمة، مضافاً إلى النصوص السابقة[٤]، خصوصاً خبر عقبة منها، بل عن الخلاف: أنّه المروي عن أميرالمؤمنين عليه السلام[٥].

فما عن أبي حنيفة: من أنّ له الرجوع إذا جحده المحال عليه أو مات مفلّساً، وعن عمر وأبي يوسف ومحمّد بن الحسن: إذا أفلس

← في الحوالة ج ١٦ ص ٥٠٩، وكفاية الأحكام: الضمان / في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨، ورياض المسائل: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٢٨٥.

(١) المجموع: ج ١٣ ص ٤٣٢.

(٢) كنز العمّال: ح ١٤٠١٥ ج ٥ ص ٥٧٥، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ١٣١، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٢ ج ٥ ص ٢٨٧، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٧٠.

(٣) كما في مفتاح الكرامة: الضمان / في الحوالة ج ١٦ ص ٥١٠.

(٤) تقدّم في ص ٣٢٦.

(٥) الخلاف: الحوالة / مسألة ٥ ج ٣ ص ٣٠٧.

وحجر عليه الحاكم[١].

واضح الفساد، من غير فرق في ذلك بين أخذ المحتال شيئاً من المال وعدمه؛ لإطلاق النصّ ومعقد الإجماع وغيرهما من أصالة اللزوم ونحوها، بل عن المختلف: الإجماع على ذلك صريحاً[٢]. خلافاً للمحكي عن سلّار: فجوّز الرجوع مع عدم الأخذ؛ لعدم تتمّة القبول بدونه[٣]. وهو شاذّ نادر واضح الضعف.

نعم، هذا كلّه في المحال عليه المليّ ثمّ افتقر.

﴿أمّا لو قبل الحوالة جاهلاً بحاله، ثمّ بان فقره وقت الحوالة، ↑
كان له الفسخ والعود على المحيل﴾ بلا خلاف أجده فيه كما عن ج ٢٦ / ١٦٦
الغنية الاعتراف به[٤]، بل في محكيّ التذكرة: نسبته إلى علمائنا[٥]، والسرائر: إلى أصحابنا[٦]، بل عن الخلاف: الإجماع عليه[٧]. وهو الحجّة بعد النصوص السابقة[٨] وقاعدة الضرر[٩] وغيرها.

---

(١) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥٩، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٥٥، المحلّى: ج ٨ ص ١٠٩.

(٢) مختلف الشيعة: الديون / في الحوالة ج ٦ ص ٦.

(٣) المراسم: أحكام الضمانات ص ٢٠١.

(٤) عبارته: «أن يكون المحال عليه مليّاً في حال الحوالة بلا خلاف بين أصحابنا، فإن رضي المحال بعدم ملاءته جاز». انظر غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: الحوالة / في الشرائط ج ١٤ ص ٤٣٤.

(٦) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٩.

(٧) الخلاف: الحوالة / مسألة ٦ ج ٣ ص ٣٠٧ ـ ٣٠٨.

(٨) في ص ٣٢٦.

(٩) يأتي في ص ٣٨١.

بل ظاهر إطلاق النصّ والفتوى ما صرّح به جماعة: من ثبوت الخيار أيضاً حتّى لو تجدّد اليسار والعلم بسبق الفقر[١]؛ لتحقّق المقتضي له فيستصحب.

وليس العلّة «الإعسار مادام» ليزول بزواله، ودعوى[٢]: كون المنشأ في ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها، بل الشاهد على خلافها متحقّق، ويمكن أن يكون ذلك حكمة لا علّة.

وعن الفخر: أنّه بنى ذلك على كون علل الشرع معرّفات أو عللاً حقيقيّة، وعلى الثاني هل الباقي مستغنٍ عن المؤثّر أو محتاج[٣]، فعلى الأوّلين يثبت الخيار، وعلى الثاني من الثاني يزول. ولا بأس به بعد معرفة كون علل الشرع معرّفات وعدم احتياج الباقي في بقائه إلى غير الأوّل، كما هو محرّر في محلّه.

وهل هو على الفور أو التراخي؟ وجهان: أقواهما الثاني؛ للإطلاق وغيره، كما ذكرناه في نظائره.

ثمّ إنّ الظاهر إرادة الإعسار من «الفقر» في كلام المصنّف؛ اقتصاراً على المتيقّن فيما خالف قاعدة اللزوم، كما أنّه المراد من «الإفلاس»

---

(١) جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٠، الروضة البهيّة: كتاب الحوالة ج ٤ ص ١٣٧، كفاية الأحكام: الضمان / في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨، رياض المسائل: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٢٨٧.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الضمان / في الحوالة ج ١٦ ص ٥١٢.

(٣) إيضاح الفوائد: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ٩٢.

في النصّ[1]، لا تحجير الحاكم بالإفلاس.

نعم، الظاهر ثبوت الخيار له وإن بذل المال بقرض ونحوه، بل ولو تبرّع متبرّع عنه؛ للإطلاق. ومنه يعلم أن ليس المدار على قاعدة الضرر على وجهٍ يدور الحكم معه.

وقد تقدّم في الضمان ما لا يخفى عليك جريانه في المقام ـ كغيره ـ من أحكام الأجل واشتراط الخيار ... وغير ذلك ممّا لا فرق فيه بين الضمان والحوالة، خصوصاً إذا كانت على البريء.

﴿وإذا أحال بما عليه﴾ على مشغول له بذلك أو بريء بناءً على الصحّة ﴿ثمّ أحال المحال عليه﴾ المحتال ﴿بذلك الدين﴾ كذلك ﴿صحّ﴾ بلا خلاف[2] ولا إشكال؛ لاجتماع شرائط صحّتها، فتندرج في إطلاقها، المندرج في آية: «أوفوا بالعقود»[3].

﴿وكذا لو ترامت الحوالة﴾ بتعدّد المحال عليهم واتّحاد ↑ ج ٢٦ / ١٦٧
المحتال؛ كما لو أحال المديون زيداً على عمرو، ثمّ أحال عمرو زيداً على بكر، ثمّ أحال بكر زيداً على عمر ... وهكذا؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع.

وبتعدّد المحتال أو المحيل واتّحاد المحال عليه؛ كما لو أحال المحتال من له عليه دين على المحال عليه ... وهكذا.

---

(١) تقدّم في ص ٣٢٦.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: الحوالة / المسألة السادسة ج ٢١ ص ٥٦.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

بل كما يصحّ ترامیها يصحّ دورها ـ كالضمان ـ بأن يعود إلى المحيل الأوّل، إذا فرض شغل ذمّته للمحال عليه أو قلنا بصحّتها على البريء، بل لم نجد خلافاً هنا وإن سمعته في الضمان، كما هو واضح.

﴿وإذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة، فـ﴾ هو كما لو قضاه أجنبي، المعلوم حكمه بأنّه ﴿إن كان بمسألة المحال عليه رجع عليه، وإن تبرّع لم يرجع ويبرأ المحال عليه﴾ ضرورة كونه بالحوالة قد برئت ذمّته، فيكون حينئذٍ أداؤه كأداء الأجنبي الذي قد علمت حكمه، والله العالم.

﴿ويشترط في المال﴾ المحال به ﴿أن يكون معلوماً﴾ في المشهور على ما اعترف به غير واحد[1]، بل عن مجمع البرهان: «لعلّه لا خلاف فيه»[2]، بل في المحكي عن التحرير: «يجب أن يكون معلوماً، فلا تصحّ بالمجهول إجماعاً»[3]، بل في مفتاح الكرامة: «لم نجد المخالف، وإنّما ذكرت الصحّة مع الجهل احتمالاً في التذكرة والمسالك ومجمع البرهان»[4].

نعم، لم يذكر هذا الشرط في عداد الشرائط في الوسيلة[5] والغنية[6]

---

(١) كالكركي في جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٨، والسبزواري في الكفاية: الضمان / في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٣٠٩.

(٣) تحريرالأحكام: الحوالة / في ماهيّتها ج ٢ ص ٥٧٥.

(٤) مفتاح الكرامة: الضمان / في الحوالة ج ١٦ ص ٥٠٣.

(٥) الوسيلة: بيان الحوالة ص ٢٨٢.

(٦) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٧.

وغيرهما[١]. ولعلّه[٢] وإن أمكن أن يكون ذلك لمعلوميّته، إلّا أنّ الإنصاف عدم خلوّه عن الإشكال إن لم يتمّ الإجماع المزبور، خصوصاً على ما يظهر من قواعد الفاضل من اعتبار علم الثلاثة؛ ضرورة عدم الدليل عليه إلّا دعوى الغرر الذي لم يثبت مانعيّته على الإطلاق، حتّى لو قلنا بأنّ الحوالة اعتياض؛ فإنّه أيضاً لم يثبت مانعيّته في مطلق المعاوضة.

وأمّا على القول بأنّها استيفاء، فقد قيل: إنّه لا يمكن استيفاء المجهول، ومنعه واضح، خصوصاً بعد ما عرفت من صحّة ضمان المجهول ويلزم بما تقوم به البيّنة.

فالأولى: إحالة ذلك على ما سمعته في الضمان، خصوصاً في الحوالة على البريء التي هي شبيهة به، وخصوصاً مع فرض إمكان اندفاع الجهالة بعد ذلك بالرجوع إلى دفتر ونحوه، أو كانت الجهالة في ↑ ج ٢٦ / ١٦٨
خصوص المقدار مع العلم بعدم زيادته عن مائة ـ مثلاً ـ وعدم نقصانه عن عشرة.

على أنّ الحوالة به على جهالته تقتضي ثبوته في ذمّة المحال عليه نحو ما كان في ذمّة المحيل، فيرجع معه إلى الصلح ونحوه.

نعم، يتمّ ذلك في الجهالة بسبب الإبهام كالحوالة بأحد الدينين على حسب ما عرفته في الضمان، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

وكذا يعتبر فيه: أن يكون ﴿ثابتاً في الذمّة﴾ أي ذمّة المحيل

---

(١) كالمراسم: أحكام الضمانات ص ٢٠١.

(٢) ضرب عليها في بعض النسخ.

ولو متزلزلاً ، فلا حوالة في غير الثابت فيها وإن وجد سببه ـ كمالِ الجعالة مثلاً قبل العمل ، بناءً على عدم ثبوته في الذمّة قبله ـ فضلاً عمّا لم يوجد سببه كالحوالة بما سيستقرضه ، نحو ما سمعته في الضمان .

بل في بطلان الحوالة ـ في المتزلزل ـ حينها بالفسخ بعد ذلك نظر ، وإن وجب عليه دفع الثمن مثلاً من غير ذلك .

نعم ، تصحّ الحوالة بالثابت في الذمّة ﴿سواء كان له مثل كالطعام، أو لا مثل له كالعبد والثوب﴾ لإطلاق الأدلّة وعمومها ، من غير فرق بين الحوالة به على مشغول الذمّة بمثله وصفاً وجنساً أو على بريء .

خلافاً للمحكي عن الشيخ في أحد قوليه[١] وابن حمزة[٢] : فمنعا من الحوالة بالقيمي ؛ للجهالة . وضعفه واضح ، بعد معلوميّة صحّة السلم وغيره فيه ؛ باعتبار انضباطه بالوصف .

فمع فرض اشتغال ذمّته بعبد موصوف ـ مثلاً ـ بماله في ذمّة آخر ، أو كان بريئاً وأراد إثباته في ذمّته على نحو ما كان عليه بطريق الحوالة أو الضمان ، لم يكن وجه للإشكال في صحّته .

كما لا وجه للإشكال في صحّة ذلك لو فرض كون الثابت في الذمّة قيمة القيمي بإتلاف ونحوه ؛ ضرورة كون الحوالة حينئذٍ بالقيمة التي هي مثليّة ، فليس حينئذٍ للجهالة ـ التي ذكرها ـ محلّ ؛ حتّى مع فرض تعذّره الموجب للرجوع إلى القيمة كالمثلي .

(١) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٢.

(٢) الوسيلة: بيان الحوالة ص ٢٨٢.

بل لا يبعد ـ إن لم يكن إجماعاً ـ جواز الحوالة بالأعمال على البريء أو على مشغول الذمّة للمحيل بمثلها، بناءً على أنّها بحكم المال، بدليل صحّة وقوعها ثمناً للمبيع وعوضاً للخلع ومهراً في النكاح، من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره. وحينئذٍ فيصحّ إحالة مشغول الذمّة بقراءة قرآن أو زيارة أو صلاة أو حجّ ... أو غير ذلك على بريء أو على مشغول الذمّة له بمثل ذلك. وكذا يصحّ ضمانه.

لكن لم أجد مصرّحاً به، كما أنّه لم أجد في نصوص الحوالة ما هو ↑ ج ٢٦ / ١٦٩
صريح فيه أو ظاهر، بل هو غير متعارف.

﴿و﴾ كيف كان، فعن الشيخ في أوّل الباب من المبسوط[1] وابني حمزة[2] وزهرة[3] والقاضي[4]: أنّه ﴿يشترط﴾ في صحّة الحوالة ﴿تساوي المالين﴾ أي المحال به والمحال عليه ﴿جنساً﴾ ونوعاً ﴿ووصفاً﴾ بل لعلّه ظاهر النافع[5] وغيره ممّا عرّف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمّة إلى ذمّة مشغولة بمثله، بل عن التذكرة: «من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين»[6].

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣١٣.

(٢) الوسيلة: بيان الحوالة ص ٢٨٢.

(٣) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٨.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الحوالة ج ٦ ص ٨.

(٥) المختصر النافع: الضمان / في الحوالة ص ١٤٢.

(٦) تذكرة الفقهاء: الحوالة / في الشرائط ج ١٤ ص ٤٥٤.

للأصل بعد عدم إطلاق في نصوص الباب يوثق به في تناول المفروض ولا سيرة كاشفة ... ولا غيرهما ممّا يطمأنّ به.

و«أوفوا بالعقود»[1] قد ذكرنا غير مرّة أنّ المراد منه بيان لزوم العقود المتعارفة المذكورة في كتب الفقهاء، فلا دلالة فيها على صحّة المشكوك فيه من أفراد نوع منها بعد أن لم يكن في أدلّته بالخصوص إطلاق صالح لشموله.

على أنّ في الحكم بالبطلان ﴿تفصّياً من التسلّط على المحال عليه﴾ بما لم تشتغل ذمّته به ﴿إذ لا يجب﴾ عليه ﴿أن يدفع إلّا مثل ما عليه﴾ وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضي معاوضة مستقلّة أو وفاء؛ للأدلّة الخاصّة التي لا تشمل الحوالة قطعاً وإن كان لها حكم الوفاء في بعض الأحوال دون بعض، كما عرفته سابقاً.

ولعلّه إلى ذلك يرجع الاستدلال على المطلوب من بعضهم بـ«أنّ حقيقة الحوالة: تحويل ما في ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير، كيف يصير حقّ المحتال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك؟!».

«فإنّ الحوالة إن كانت استيفاءً كان بمنزلة من استوفى دينه وأقرضه المحال عليه، فحقّه الدراهم لا الدنانير».

«وإن كانت معاوضةً فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أو وصف، وإنّما

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة ، فاشترط فيها التجانس والتساوي لئلّا يتسلّط على المحال عليه بما ليس في ذمّته»[١].

بتقريب : كون المراد أنّ الثابت من مشروعيّة الحوالة النقل المزبور والتبديل المذكور لا غيره ، وحينئذٍ لا تقتضي غيره وإن تراضيا ؛ لأنّ تراضيهما على ما لم يجعله الشارع مقتضى عقدٍ لا يكون مقتضياً لترتّب ذلك عليه وإن قصداه وتراضيا به .

﴿و﴾ لكن مع ذلك كلّه قال المصنّف : ﴿فيه تردّد﴾ بل عن ↑
المبسوط[٢] ـ في موضع منه ـ والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والحواشي[٥] ج ٢٦ / ١٧٠
واللمعة[٦] والتنقيح[٧] وإيضاح النافع[٨] وجامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠] والروضة[١١] ومجمع البرهان[١٢] والمفاتيح[١٣] اختيار الجواز .

---

(١) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٩.
(٢) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٧.
(٣) تذكرة الفقهاء: الحوالة / في الشرائط ج ١٤ ص ٤٥٥.
(٤) تحريرالأحكام: الحوالة / في ماهيّتها ج ٢ ص ٥٧٦.
(٥) الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٢٩١.
(٦) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الحوالة ص ١٤١.
(٧) التنقيح الرائع: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ١٩٢ و١٩٥.
(٨) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الضمان / في الحوالة ج ١٦ ص ٥١٧.
(٩) جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٦١.
(١٠) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢٢٠.
(١١) الروضة البهيّة: كتاب الحوالة ج ٤ ص ١٤١ ـ ١٤٢.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٣١٤.
(١٣) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٤ ج ٣ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

بل في المسالك أنّه «إن اشترطنا رضا المحال عليه وجوّزنا الحوالة على البريء فلا وجه للمنع أصلاً؛ لأنّه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس لصحّ، فإذا كان ورضي تعيّن الجواز. بل يتعيّن القول به متى اعتبرنا رضاه خاصّة؛ لأنّ الحوالة إن كانت استيفاءً ـ كما هو الظاهر ـ فالاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضي، وإن كانت اعتياضاً فكذلك؛ لجواز المعاوضة على المختلفين. وليست معاوضة بيع حتّى يعتبر فيها التقابض حيث يعتبر فيه».

«نعم، قد نقول هنا: ـ مع جواز الحوالة على البريء ـ إنّ الحقّ لم يتحوّل إلى الدنانير، وإنّما لزم المحال عليه للمحتال دنانير وبقيت الدراهم في ذمّته للمحيل، فيعتبر في التقابض تراضٍ جديد».

«وهذا حسن، إلّا أنّ الأوّل أجود؛ لحصول التراضي سابقاً على تحوّل الحقّ إلى ما في ذمّة المحيل، وحينئذٍ فالتسلّط الذي هربوا منه انتفى منعه بالتراضي».

ثمّ قال: «وقد تحرّر من ذلك: أنّ القائل بعدم صحّة ذلك لا يتمّ له مطلقاً، إلّا أن يقول بعدم جواز الحوالة على البريء، وإلّا صحّت الحوالة هنا إلّا أنّها تكون كالحوالة على مَن لا دين له عليه، لا أنّها تقع باطلة مطلقاً؛ إذ لا تقصر عن تلك».

«وأنّ القائل بعدم اعتبار رضا المحال عليه لا يتّجه له القول هنا بالصحّة، سواء تحوّل الحقّ إلى جنس المحال به أم بقي كلّ واحد بحاله؛ لتوقّف كلّ واحد من القسمين على التراضي، فإنّ الأوّل استيفاء

من غير الجنس أو معاوضة عليه، والثاني حوالة على البريء، وكلاهما مشروط بالرضا».

«نعم، لو قصد بالحوالة تحوّل حقّ المحتال إلى ما في ذمّة المحال عليه اتّجه القول بالجواز من دون رضا المحال عليه، وسقط معه محذور التسلّط الذي جعلوه مانعاً»[1]. انتهى كلامه، ونقلناه بطوله لأنّه أقصى ما قيل في المسألة.

ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم إفادة التراضي بعد فرض عدم اقتضاء مشروعيّة الحوالة ذلك؛ لعدم الدليل، وما ذكرناه أيضاً من أنّها عقد مستقلّ برأسه وإن ثبت له بعض أحكام الأداء وبعض أحكام المعاوضة، إلّا أنّ ذلك لا يقتضي ترتّب جميع أحكامهما، كما هو واضح. ↑ ج ٢٦ / ١٧١

وأمّا ما ذكره من بناء المسألة على جواز الحوالة على البريء فهو خارج عن المقام قطعاً؛ ضرورة كون المراد الحوالة على نفس الحقّ المخالف، لا الحوالة على من عليه الحقّ مع قطع النظر عن ذلك. ودعوى: صيرورتها حوالة على بريء مع فرض قصد الجميع الحوالة على نفس الحقّ، كما ترى.

وبذلك يظهر: أنّ هذه المتعبة التي ذكرها لا طائل تحتها، وإنّما وجه المسألة: هو إثبات صلاحيّة الحوالة لهذا التغيير والتبديل وعدمه، فبين جازم في الأوّل، وجازم في الثاني، ومتردّد. ولا ريب في أنّ مقتضى

---

(١) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢١٩ ـ ٢٢٠.

الأُصول العدم ولو للشكّ في ذلك ؛ لعدم الإطلاق الذي يوثق به فضلاً عن غيره ، كما عرفته مفصّلاً .

والاحتياط في ذلك غير خفي ؛ ولو بأن يقلب حقّ المحتال إلى جنس ما عليه الحقّ بعقد من العقود القابلة لذلك ، ثمّ يحيله عليه ... أو بغير ذلك .

﴿ولو أحال﴾ على محال ﴿عليه فقبل وأدّى، ثمّ طالب بما أدّاه، فادّعى المحيل أنّه كان له عليه مال، وأنكر المحال عليه، فالقول قوله مع يمينه﴾ لأنّ الأصل البراءة ﴿و﴾ حينئذٍ ﴿يرجع على المحيل﴾ بما أدّاه . ورضاه بعقد الحوالة أعمّ من اشتغال ذمّته ؛ لما عرفت من صحّتها على البريء .

بل في المسالك[1] ومحكيّ جامع المقاصد[2] ومجمع البرهان[3] : أنّه كذلك حتّى لو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمّة المحال عليه . قال في الأوّل منها :

«تساقط أصلا البراءة وصحّة العقد بالتعارض ، فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه ، فيرجع عليه . ولا يمنع وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها ؛ لاتّفاقهما على الإذن ، وإنّما اختلفا في أمر آخر ، فإذا لم يثبت ما اختلفا فيه يبقى

---

(١) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢٢٠.

(٢) جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٣١١.

ما اتّفقا عليه من الإذن في الوفاء المقتضي للرجوع».

«على أنّ في زوال الإذن الضمني بزوال ما ثبت في ضمنه بحثاً يأتي تحقيقه إن شاء الله في الوكالة المعلّقة على شرط»[1].

وفيه: أنّ المتّجه تقديم قول المحيل مع فرض اعتراف المحال عليه بالحوالة المحمولة على الصحيح، القاطع لأصل البراءة ولاقتضاء الرجوع بالإذن؛ ضرورة كون الاعتراف بها اعترافاً بشغل الذمّة. ج ٢٦ / ١٧٢

أمّا مع عدم اعترافه بكون الواقع الحوالة، ولكن أحال عليه بإذنه لاحقاً أو سابقاً، فعن التذكرة[2] ذلك أيضاً؛ لورود أصل الصحّة على أصل البراءة وانقطاعه به.

لكن قد يناقش: بعدم اقتضاء أصل الصحّة شغل ذمّة الغير الذي رضاه ليس من أركانها، فهي حينئذٍ صحيحة في حقّ المحيل والمحتال، فلو ادّعى أحدهما بطلانها كان القول قول مدّعي الصحّة منهما، أمّا المحال عليه فهو خارج عن أركان عقدها؛ إذ القبول الذي قام به العقد من المحتال لا منه، فلا يقتضي صحّتها فيما بينهما اشتغال ذمّة الخارج وإن قلنا باعتبار رضاه.

وحينئذٍ فأصل البراءة سالم عن معارضة أصل الصحّة الذي هو في حقّ المتعاقدين، فيبقى قاعدة احترام مال المسلم الذي لم يتبرّع بأدائه بحالها، ولو للإذن في ضمن الحوالة التي هي صحيحة في حقّ المحيل،

---

(١) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢٢٠ ـ ٢٢١ (بتصرّف).

(٢) تذكرة الفقهاء: الحوالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤٧٦.

باطلة في حقّ المحال عليه. وليس ذلك من بقاء الإذن الضمني بعد زوال ما ثبت في ضمنه، المفروغ من بطلانه حتّى في الوكالة المعلّقة على شرط، كما أوضحناه فيها.

وممّا ذكرنا يظهر لك: وجه النظر فيما ذكروه دليلاً للمسألة، والأولى تقريره بما قلناه.

ولعلّه إليه أومأ في جامع المقاصد ـ في الردّ على دعوى تعارض أصلَي البراءة والصحّة ـ بقوله: «سيأتي عن قريب بيان عدم الاعتداد بهذا الأصل»[١].

وعلى كلّ حال، فقد يشعر قول المصنّف وغيره[٢]: «فقبل وأدّى» كون الحوالة على البريء كالضمان في عدم استحقاق الرجوع إلّا بالأداء؛ لما عرفته في الضمان الذي يشبهه المفروض، فلاحظ، والله العالم.

﴿وتصحّ الحوالة بمال الكتابة﴾ ولو المشروطة ﴿بعد حلول النجم﴾ لثبوته في ذمّة المكاتب.

﴿وهل تصحّ قبله؟ قيل﴾ والقائل الشيخ على ما في المسالك[٣]: ﴿لا﴾ يصحّ؛ لجواز تعجيز نفسه فتنفسخ الكتابة.

---

(١) جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٤.

(٢) كالكركي في جامع المقاصد: (انظر الهامش السابق). والبحراني في الحدائق: الحوالة / المسألة السابعة ج ٢١ ص ٥٦.

(٣) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢٢١.

وقد منعوا ذلك عليه كما تسمعه في باب الكتابة إن شاء الله[١]، ومع تسليمه فأقصاه كون المال في ذمّة العبد متزلزلاً كالثمن في مدّة الخيار، وذلك لا يمنع الحوالة كما لا يمنع ضمانه. ↑ ج ٢٦ / ١٧٣

نعم، لو قلنا بعدم اقتضاء الكتابة ثبوت مال في ذمّة العبد ـ لعدم ذمّة اختياريّة له، وإن وجب عليه أداء مال الكتابة إلّا أنّه من التكليف لا الدَّين ـ اتّجه حينئذٍ عدم صحّة الحوالة به من غير فرق بين حلول النجم وسابقه، بل المحكي عن الشيخ عدم الفرق بينهما أيضاً[٢]، نحو ما سمعته في الضمان.

ثمّ إنّه في المسالك ـ بعد أن اختار جواز الحوالة به مطلقاً ـ قال: «فعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة؛ لأنّها ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل عليه بقبضها، وإن افترقا بكون الحوالة لازمة. وحينئذٍ فلو أعتق السيّد المكاتب بطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة؛ لأنّ المال صار لازماً للمحتال والبطلان طارئ، ولا يضمن السيّد ما يغرمه من مال الحوالة»[٣].

ولا يخفى عليك ما فيه من:

التفريع أوّلاً.

وإنكار كون التحويل بحكم الأداء ثانياً، مع أنّه اعترف به[٤] فيما

---

(١) كتاب التدبير / في المكاتبة / في أركانها ذيل قول الماتن: «والكتابة عقد لازم ...» إلخ.

(٢) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣٢٠.

(٣) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢٢١.

(٤) ضرب عليها في بعض النسخ.

يأتي بأنّها تفيد ملك المال للمحتال، مضافاً إلى اعترافه سابقاً باقتضائها براءة ذمّة المحيل ممّا عليه وبراءة ذمّة المحال عليه ممّا كان للمحيل عليه؛ لأنّها استيفاء أو اعتياض، وعلى كلّ حال فهي بحكم الأداء هنا وفي غيره، بل لعلّها كالضمان ـ الذي اعترف بكونه أداءً سابقاً ـ أو أولى، بل اعترف أيضاً بكونها كالأداء فيما لو أحال العبد سيّده، كما ستسمع.

وعدم بطلان الحوالة على مال الكتابة ـ بعد فرض بطلان الكتابة ـ ثالثاً.

وحينئذٍ فالمتّجه: تحريره بذلك وبطلان عتق السيّد.

﴿ولو باعه السيّد سلعةً فأحاله بثمنها جاز﴾ لأنّ حكم المكاتب بالنسبة إلى ذلك حكم الأحرار، من غير فرق بين سيّده وبين غيره.

خلافاً للمحكي عن الشيخ: فمنع جواز شرائه من سيّده؛ لجواز فسخ الكتابة الموجب ـ على فرض صحّة البيع ـ استحقاق السيّد على عبده شيئاً، بخلاف الأجنبي[1]، بل في المسالك: نسبته إلى الشيخ وجماعة[2]، وإن كنّا لم نتحقّقه، بل في قواعد الفاضل: أنّه الأقرب[3]، وهو كما ترى.

﴿ولو كان له﴾ أي المكاتب ﴿على أجنبيّ دين، فأحال﴾ سيّده

---

(١) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣٢١ (كلامه يميل إلى ذلك).

(٢) نسبه إلى خصوص الشيخ، انظر «المسالك» المتقدّم آنفاً.

(٣) قواعد الأحكام: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ١٦٤.

ج ٢٦ / ١٧٤

﴿عليه بـ﴾جميع ماله من ﴿مال الكتابة﴾ الذي في ذمّته ﴿صحّ﴾ لوجود المقتضي وارتفاع المانع، و﴿لأنّه يجب عليه[1]﴾ أي المديون ﴿تسليم﴾ ما علي﴿ـه﴾ من الدين لصاحبه أو لمن يحيله عليه به، وكان ذلك أداءً منه موجباً لتحريره، كما اعترف به في المسالك وغيرها سواء أدّى المحال عليه المال للسيّد أو لا، بل لو أفلس لم يتغيّر الحكم[2].

نعم، لو كان ما أحاله به ديناً متزلزلاً، ففي نفوذ التحرير أو مراعاته بعدم الفسخ إشكال، والله العالم.

﴿وأمّا أحكامها[3] فمسائل﴾

﴿الأُولى﴾

﴿إذا قال﴾ لمن له عليه دين: ﴿أحلتك﴾ بالدين الذي لك عليَّ على مالي ﴿عليه﴾ من دين... ونحو ذلك ممّا هو صريح في الحوالة، فلا إشكال في تقديم قول مدّعيها.

أمّا لو قال: «أحلتك عليه» ونحوه ممّا هو ليس صريحاً فيها ﴿فقبض، فقال المحيل: قصدت الوكالة، وقال المحتال: إنّما أحلتني بما عليك، فـ﴾ عن المبسوط[4]: أنّ ﴿القول قول المحيل﴾

---

(١) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.

(٢) مسالك الأفهام: الحوالة / في العقد ج ٤ ص ٢٢٢.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: أحكامه.

(٤) المبسوط: كتاب الحوالة ح ٢ ص ٣١٤ ـ ٣١٥.

بل في المسالك : نسبته إلى المصنّف[١] وجماعة[٢] وإن كنّا لم نتحقّقه ، نعم في قواعد الفاضل : أنّه الأقرب[٣].

﴿لأنّه أعرف﴾ بما قصد ﴿بلفظه﴾ إذ لا يعلم إلّا من قبله ، مضافاً إلى أصالة بقاء المال ملكاً للمحيل ، وبقاء حقّ المحتال في ذمّته ، وتعارف عقد الوكالة بنحو ذلك ، كتعارف اسم التحويل على الوكيل الذي لا دين له ، خصوصاً إذا كان المراد الإذن في القبض له لا للموكّل .

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردّد﴾ : من ذلك ، ومن أنّ الأصل إرادة الحقيقة التي هي الحوالة بالمعنى المتعارف ، بخلاف الوكالة وإن صحّ عقدها بلفظ التحويل بالقرينة .

بل في جامع المقاصد[٤] ومحكيّ التحرير[٥] : ترجيح قول المحتال ؛ لأنّه الموافق للأصل المزبور الذي يجب حمل اللفظ عليه حال التجرّد عن القرينة ؛ وإلّا لزم الإغراء بالجهل . بل لو قدح احتمال التجوّز لقدح في جميع الأبواب من بيع أو صلح وإقرار ونكاح وغيرها ، فيكون حينئذٍ قول المحيل مخالفاً للأصل ، يكلّف بالبيّنة . ↑
وأمّا الأصلان المزبوران فيقطعهما ظاهر لفظ الحوالة المحمول على ج ٢٦ / ١٧٥

(١) في بعض النسخ بدلها: الشيخ.
(٢) مسالك الأفهام: الحوالة / في أحكام العقد ج ٤ ص ٢٢٥.
(٣) قواعد الأحكام: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ١٦٥.
(٤) جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٨.
(٥) تحريرالأحكام: الحوالة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٨١ ـ ٥٨٢.

ذلك، بل لو سلّم تعارض الأُصول كان مقتضى اليد كافياً في ذلك؛ لأنّ الفرض أنّه قبض.

وفي المسالك: «هذا التوجيه حسن لو سلّمنا كون الحوالة مجازاً في الوكالة، لكنّه محلّ نظر؛ لأنّ الوكالة لمّا كانت تتحقّق في ضمن كلّ لفظ يدلّ على الإذن بطريق الحقيقة وكان معنى الحوالة مؤدّياً لذلك، لأنّ معنى (أحلتك) كما يحتمل إرادة تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال، ففائدتها تسليطه على المحال عليه».

«أو نقول: إنّ دلالتها على الإذن للمحتال حاصلة على التقديرين، وإنّما الكلام في المعنى الزائد على الإذن وهو تحويل الحقّ».

ثمّ قال: «وكون المراد منها الحوالة بالمعنى المتعارف أظهر لا شبهة فيه، لكنّه لا يدلّ على مجازيّة الآخر؛ لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد به أحد معانيه بقرينة، وإلّا فمرجع الأمر إلى أنّه هل هو من باب الحقيقة أو المجاز أو من باب المشترك الذي دلّت القرائن على إرادة أحد معنييه».

«وتظهر الفائدة في كون الآخر حقيقةً أو مجازاً، وبواسطة ذلك يختلف الحكم».

ثمّ استشعر: بأنّ التبادر علامة الحقيقة وعدمه علامة المجاز، ولا ريب في تبادر المعنى المتعارف من لفظ الحوالة، بخلاف الوكالة المحتاجة إلى القرائن.

وأجاب: بأنّ هذه العلامة لا تتمّ في المشترك الذي يتبادر إلى الذهن أحد معنييه مع القرينة مع أنّه حقيقة في الفرد الآخر أيضاً.

ثمّ استشعر: بأنّ الحوالة في الفرد المتعارف حقيقة شرعيّة، وفي الوكالة حقيقة لغويّة، وعند التعارض تقدّم الأُولى، خصوصاً مع اعتضادها بالعرف المقدّم على اللغة أيضاً.

ثمّ أجاب: بأنّها في الوكالة أيضاً حقيقة شرعيّة وإن وافقتها اللغة، وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح أحد معنيي المشترك، وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة.

ثمّ استشعر: بأنّ من المعلوم أولويّة المجاز من الاشتراك عند التعارض.

وأجاب: بمنع ذلك أوّلاً، بل قد قال جمع من المحقّقين بأولويّة الاشتراك، وبتسليمه ثانياً ولكن إذا لم يثبت، وقد أثبتناه. ↑ ج ٢٦ / ١٧٦

ثمّ قال ما حاصله: أنّه وإن كان الظاهر من معنيي المشترك في المقام المعنى المتعارف، إلّا أنّه يرجع الأمر إلى تعارض الأصل - الذي هو بقاء حقّ المحيل والمحتال - والظاهر، فإن قدّمنا الأوّل - كما هو الراجح في استعمالهم - فالقول قول المحيل، كما اختاره المصنّف وجماعة، وإن قدّمنا الظاهر فالقول قول المحتال[1] ... إلى غير ذلك ممّا أطنب فيه.

---

(١) مسالك الأفهام: الحوالة / في أحكام العقد ج ٤ ص ٢٢٣ ـ ٢٢٥.

وهو كما ترى ، بل ما كنّا لنؤثر وقوع ذلك منه ؛ ضرورة أنّه لم يذكر دليلاً صالحاً للاشتراك ، فإنّ وقوع الوكالة بكلّ لفظ يدلّ على الإذن حقيقةً ـ ومنه الحوالة ـ لا يقتضي ذلك ، كما أنّ دلالتها على الإذن للمحتال بطريق الحوالة كذلك أيضاً ؛ للقطع بكونها اسماً للعقد المخصوص ، ومن هنا لا يحتاج إنشاؤه بها إلى قرينة تدلّ على ذلك .

وأغرب من ذلك : إنكار كون التبادر علامة للحقيقة ـ محتجّاً عليه بما عرفت ـ مع أنّ من المعلوم إرادة التبادر من حيث إطلاق اللفظ ، لا مع القرائن ، ولا ريب في أنّ المشترك مع عدم القرينة يتبادر جميع معانيه ، وهو علامة كونه حقيقة فيها ، وتبادر بعضها خاصّة بالقرينة لا ينافي ذلك .

وأغرب منه : جميع ما ذكره من الحقيقة الشرعيّة واللغويّة والعرفيّة .

وأغرب منه قوله : «تعارض الأصل والظاهر» مع أنّ المقام ظاهر لفظ لا يعارضه الأصل .

وبالجملة : هو رحمه الله وإن أطنب في ذلك لكن بما لا ينبغي صدوره منه ، والتحقيق ما عرفت .

هذا كلّه مع القبض .

﴿أمّا لو لم يقبض واختلفا، فقال: وكّلتك، فقال: بل أحلتني[١]، فـ﴾ في المتن : أنّ ﴿القول قول المحيل قطعاً﴾ كما في القواعد[٢] .

---

(١) في نسخة الشرائع بعدها إضافة «بما عليك» بين معقوفتين.

(٢) قواعد الأحكام: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ١٦٥.

لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا ؛ ضرورة أنّ عقد الحوالة من العقود اللازمة المقتضية تملّك المحتال المال المحال به ، وانعزال المحيل عنه على وجهٍ لو أراد إبداله لم يكن له ؛ لصيرورته ملك المحتال على وجه اللزوم . وحينئذٍ فلا يتفاوت الحال بين القبض وعدمه ؛ لأنّه استيفاء يترتّب عليه الملك وإن لم يحصل القبض .

ج ٢٦ / ١٧٧ إلّا أنّه لا ينكر ظهور قطع المصنّف هنا وتردّده في الصورة السابقة في أنّ منشأ ذلك القبض وعدمه .

وكأنّ الوجه فيه : ما أومأنا إليه من تحقّق ضابط المنكِر في صورة القبض ، وهو «ما لو تَرَك لتُرِك» و«كونه صاحب يد» ، فمن ذلك ـ مع موافقة قول المحيل للأُصول السابقة ـ حصل التردّد . بخلاف صورة عدم القبض ، فإنّه لا يد له ولا الضابط المزبور ، فانحصر ضابط الإنكار حينئذٍ في المحيل .

وهو جيّد إن لم يكن ثَمَّ ظهور فيما جرى بينهما من لفظ «أحلتك» في الحوالة ، ولو لتعارف إطلاق نحو ذلك في إنشاء عقد الوكالة ، كما أنّ من المتعارف إطلاق التحويل على وكالة من لم يكن له دين على من عليه ، وخصوصاً إذا كان المراد تحصيل ذلك له لا للموكّل .

ومن هنا قد يتوقّف في الحكم على المحيل بشغل الذمّة للمحتال لو فرض كون النزاع بينهما في ذلك مع اتّفاقهما على صدور اللفظ المزبور بينهما .

وإن كان الأرجح ـ مع فرض عدم ظهور اللفظ ـ تقديم قول المحيل

الموافق للأُصول ، واليد وضابط المنكر إنّما تجدي مع عدم استناده إلى التحويل المخالف للأصل ، كما هو المفروض .

نعم ، لو كان إبراز الدعوى بأن يقول المحيل : «وكّلتك» ، والآخر يقول في جوابه : «لا حقّ لك عندي» اتّجه حينئذٍ تقديم قوله عليه ، كما هو واضح .

ومن هنا يظهر لك : أنّ القول قول المحيل على كلّ حال ، بعد فرض كون جواب المحتال : «أنّك أحلتني» وفرض عدم ظهور ما اتّفقا عليه ـ من جريان لفظ «أحلتك» بينهما ـ في الحوالة ، وإلّا كان القول قول المحتال ؛ تقديماً لظاهر اللفظ القاطع للأُصول بذلك .

﴿ولو انعكس الفرض﴾ بأن قال المحتال : «وكّلتني» وقال المحيل : «حوّلتك» بعد اتّفاقهما على جريان لفظ الحوالة بينهما ﴿فالقول قول المحتال﴾ عند المصنّف ، سواء كان قابضاً أو لا ؛ لموافقته للأُصول .

لكن قد عرفت أنّ الأرجح كون القول قول المحيل ؛ ترجيحاً للموافقة لظاهر اللفظ القاطع للأُصول ، الذي هو أصل مقدّم على ذلك .

نعم ، لو لم يكن ثَمَّ لفظ قد جرى بينهما ، وادّعى أحدهما الوكالة والآخر الحوالة ، كان القول قول من نفى الحوالة .

ثمّ لا يخفى عليك : أنّه إن قدّمنا قول المحتال في المسألة الأُولى ؛ فإن كان قد قبض برئت ذمّة المحيل منه مقدار ذلك ؛ لأخذه بزعمه منه قهراً فيقاصّه قهراً ، وكذا برئت ذمّة المحال عليه إن كانت مشغولة ؛

لثبوت الحوالة ظاهراً، وإن كان لم يقبض فله المطالبة. ولكنّ هذا كلّه إذا حلف، وإن نكل حلف المديون وبطلت الحوالة.

وإن قدّمنا قول المحيل، ولم يكن قد قبض المحتال، بطلت وكالته بإنكاره ـ بناءً على اقتضاء ذلك بطلانها ـ وحوالته بحلف المديون. وهل له أن يطالب المديون حينئذٍ بحقّه ـ لبقائه بزعم المديون حينئذٍ في ذمّته ـ أو لا؛ لزعمه أن لا حقّ له على المديون بالحوالة، وأنّ حقّه على المحال عليه؟ وجهان.

وإن كان قد قبض وكان المقبوض باقياً فعليه تسليمه للمحيل، ولكنّ الظاهر أنّ له مطالبة المحيل هنا؛ لأنّه إن كان وكيلاً فحقّه باقٍ على المديون، وإن كان محتالاً فقد استرجع المحيل ماله منه ظلماً، فله الرجوع عليه. وبذلك افترقت هذه الصورة عن صورة ما لم يقبض.

ولو كان المقبوض تالفاً: فإن كان تلفه بتفريط أو تعدٍّ، ضمنه للمحيل ولكن يرجع عليه؛ لما عرفت.

وإن كان بغير تفريط، ففي ضمانه له وجهان ينشآن: من أنّه وإن كان وكيلاً ظاهراً إلّا أنّه قبض المال لنفسه باعترافه، وهو خيانة يضمن بها. ومن أنّه إمّا وكيل بزعم المحيل فلا يضمن المال إذا لم يفرّط، أو محتال فهو ماله، وحينئذٍ فليس له مطالبة المحيل بحقّه ظاهراً، وإن كان بزعمه بقاؤه لاعترافه باستيفاء حقّه، كما هو واضح.

وأمّا إن قدّمنا قول المحتال في المسألة الثانية وحلف، فإن لم يكن قد قبض المال فليس له قبضه بناءً على انعزاله عن الوكالة بذلك، وله

مطالبة المحيل بحقّه .

وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه بعد أدائه للمحتال؟ وجهان : من اعترافه بتحوّل ما كان عليه إلى المحتال ، ومن أنّ المحتال إن كان وكيلاً فإذا لم يقبض بقي حقّ المحيل ، وإن كان محتالاً فقد ظلم المحيل بأخذ المال منه ، وما على المحال عليه حقّه ، فللمحيل أن يأخذه عوضاً عمّا ظلم به .

وإن كان قد قبض المال فقد برئت ذمّة المحال عليه إن كانت ↑ ج ٢٦ / ١٧٩
مشغولة على كلّ حال .

ثمّ إن كان المقبوض باقياً ردّه عليه وطالب بحقّه ، وكان للمحيل أخذه مقاصّةً .

وفي المسالك : «ففي جواز تملّكه له أو وجوب ردّه على المحيل وجهان ، مأخذهما : أنّه جنس حقّه وصاحبه يزعم أنّه ملكه ، واعترافه بأنّه ملك المحيل وأنّه المخيّر في جهة الأداء ، والأوّل أجود»(١) . وفيه : أنّ المتّجه له بالحكم الظاهر ما ذكرناه ، كما هو واضح .

وإن كان تالفاً بتفريط أو تعدٍّ ، فله المطالبة أيضاً بحقّه وإن ضمنه للمحيل باعترافه ، بل له أخذه منه مقاصّةً بعد دفع حقّه إليه .

وإن لم يكن بتفريط ، لم يضمنه له وكان له المطالبة بحقّه ، لكن في المسالك : «في ضمانه وجهان ، مأخذهما : ثبوت كونه وكيلاً ظاهراً فيده يد أمانة ، وأنّه لا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في

---

(١) مسالك الأفهام: الحوالة / في أحكام العقد ج ٤ ص ٢٢٨.

إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان؛ لأنّ يمينه كانت على نفي ما يدّعيه المحيل، لا على إثبات ما يدّعيه»(١).

وفيه: أنّ عدم ضمانه لاتّفاقهما على عدم كون يده يد عدوان، والأصل البراءة.

وإن قدّمنا قول مدّعي الحوالة حلف وبرئ من دين المحتال، وفي المسالك: «وكان للمحتال مطالبة المحال عليه إمّا بالحوالة أو بالوكالة، ويملك ما يأخذه إمّا قصاصاً على زعمه أو لأنّه عين حقّه، كما اقتضاه الظاهر»(٢).

وفيه: أنّه لا يجديه الظاهر بعد اعترافه بكونه غير حقّه. نعم، بناءً على استحقاقه له باعتبار أخذ المحيل ما في ذمّته عوضاً عن ذلك توجّه له المطالبة به ـ كما تقدّم نظيره في المسألة السابقة، بل يأتي أيضاً الكلام في المباحث الآتية ـ وإلّا فلا، والفرض انعزاله عن الوكالة بإنكارها.

المسألة ﴿الثانية﴾

قال الشيخ في المبسوط: «إذا كان له على اثنين ألف درهم، وكلّ منهما كفيل ضامن عن صاحبه، فطالب أحدهما بالألف، فأحاله بها على آخر، برئ المحيل وصاحبه من الألف؛ لأنّ الحوالة بمنزلة البيع المقبوض».

(١ و٢) المصدر السابق.

«وإذا قضى دينه برئ ضامنه، وإذا قضى ما ضمنه برئ من عليه الدين وهو المضمون عنه، فيجب أن يبرأ صاحبه من خمسمائة التي عليه لأنّه قضاها، ومن خمسمائة الضمان لأنّه قضاها عن المضمون عنه، ويرجع عليه بخمسمائة الضمان إن ضمن بإذنه، وإلّا فلا». ↑

«ولو كان له على رجلين ألف ولرجل عليه ألف، فأحاله بها على ج ٢٦ / ١٨٠
الرجلين وقبل الحوالة، كان جائزاً. فإن كان كلّ واحد منهما ضامناً عن صاحبه فأحاله عليهما لم تصحّ الحوالة؛ لأنّه يستفيد بها مطالبة الاثنين كلّ واحد منهما بالألف، وهذا زيادة في حقّ المطالبة بالحوالة، وذلك لا يجوز».

ثمّ قال: «وقيل: يجوز له أن يطالب كلّ واحد منهما بالألف، فإذا أخذه برئ الآخر، وهذا قريب»[1].

وأورد عليه في المختلف بـ«أنّ الضمان عندنا ناقل، فإذا ضمن كلّ واحد منهما نصف الألف عن صاحبه، فلا يخلو المضمون له: إمّا أن يرضى بضمانهما معاً، أو بضمان أحدهما خاصّة، أو لا يرضى بشيء منهما».

«فإن رضي بهما معاً أو لم يرض بشيء منهما، لم يكن له مطالبة كلّ واحد منهما بأكثر من النصف، أمّا على تقدير عدم الرضا فظاهر، وأمّا على تقديره فلانتقال ما في ذمّة كلّ منهما إلى الآخر، فيبقى[2]

---

(١) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٧ ـ ٣١٨.

(٢) في المصدر بدلها: فينتفي.

كما لو لم يكن ضمان . وليس له على تقدير الرضا مطالبة كلّ واحد منهما بالألف ؛ لأنّ الضمان عندنا ناقل ، وإنّما تتأتّى المطالبة على قول المخالفين ؛ لأنّ الضمان عندهم غير ناقل» .

«وأمّا إذا رضي بضمان أحدهما خاصّة ، فإنّه يطالبه بالألف خاصّة ، وليس له على الآخر سبيل»[1] .

قلت : يمكن حمل كلام الشيخ على إرادة الكفالة من الضمان ، ولعلّه إلى ذلك أشار المصنّف بقوله : ﴿إذا كان له دين على اثنين وكلّ منهما كفيل لصاحبه، وعليه لآخر مثل ذلك، فأحاله عليهما صحّ، وإن حصل الرفق في المطالبة﴾ على معنى انتقال حقّ الكفالة بالحوالة .

ولا يقدح اقتضاؤها حينئذٍ حقّاً لم يكن في الدين الذي على المحيل ؛ لإطلاق أدلّتها . وحينئذٍ للمحتال المطالبة بحقّ الكفالة الذي قد يؤول ـ بتعذّر المكفول مثلاً ـ إلى المطالبة بالدين ، كما ستعرف إن شاء الله .

ومن الغريب ما في المسالك ، فإنّه ـ بعد أن ذكر[2] نحو ما سمعته من المختلف مقدّمةً للمسألة ـ قال : «فالشيخ ذكر هذه المسألة في المبسوط وحكم فيها بعدم الصحّة ، معلّلاً بزيادة الارتفاق ، وهذا لا يتمّ إلّا على القول بأنّ الضمان بمعنى الضمّ كما قد بيّنّاه ؛ إذ على تقدير النقل لم يستفد زيادة ارتفاق ، بل يبقى الحكم كما كان» .

---

(١) مختلف الشيعة: الديون / في الحوالة ج ٦ ص ٩ ـ ١٠.

(٢) مسالك الأفهام: الحوالة / في أحكام العقد ج ٤ ص ٢٢٩.

«ومع ذلك فهو موضع نظر ؛ لأنّ هذا الارتفاق لا يصلح للمانعيّة ، والمعروف من مذهبنا هو النقل ، فالبحث كلّه ساقط» . ↑ ج ٢٦ / ١٨١

«والمصنّف وافق الشيخ على تصوير المسألة التي لا تتمّ إلّا على القول بالضمّ وهو لا يقول به ، وخالفه في الحكم وحكم بالصحّة فيها منبّهاً على أنّ الرفق المذكور غير مانع بقوله : وإن حصل الرفق في المطالبة» .

«والظاهر أنّ المصنّف لم يذكر المسألة إلّا على وجه التفريع والتنبيه على أنّ ما حكم به الشيخ لا يتمّ وإن بني على ذلك الأصل ، نظراً إلى أنّ زيادة الرفق لا تمنع ، كما لو أحال على من هو أكثر ملاءةً» .

«وأمّا ذكر الشيخ لها فيشعر بذهابه إلى كونه الضمّ ؛ إذ لا يتمّ إلّا عليه» .

«والمصنّف قد لوّح في المسألة بالخلاف في موضعين ، أحدهما : قوله : (على قول مشهور لنا) ، والآخر : (على القول بانتقال المال) كما نبّهنا عليه في الموضعين»[١] .

إذ هو ـ كما ترى ـ لا ينبغي صدوره منه ، فإنّ حمل كلام المصنّف على ما ذكر ـ مع عدم إشعار في شيء من كلامه بذلك ـ أشبه شيء بالمعمّى ، بل أعظم .

كما أنّ حمل كلام الشيخ على كون ذلك مذهباً له ـ وأنّ المصنّف أشار إلى ذلك بما سمعت ـ من الذي ينبغي الاستغفار منه .

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٣٠.

على أنّ المذكور في كلام المصنّف لفظ «الكفالة» التي لا داعي إلى إرادة الضمان منها، خصوصاً بعد ما أومأ إلى وجه المنع: بأنّ الحوالة لم يثبت من الشرع مقتضٍ لها إلّا نقل المال إلى المحتال لا غير، فترتّب تعدّد المطالبة لانتقال حقّ الكفالة بها ـ مع أنّه لم تنقل إلّا الدين الخالي عن ذلك ـ ممّا يمكن الشكّ فيه، بل منعه؛ ضرورة مساواته للمنع من تغيير جنس الدين ووصفه بها، كما سمعته سابقاً في اشتراط المساواة، بل لعلّ المقام أولى؛ باعتبار أنّ الكفالة قد كانت من حيث كون الأوّل صاحب الدين، والفرض حصول الوفاء له بالحوالة فترتفع الكفالة، لا أنّها تنتقل إلى آخر، وكذا لو كان عليه رهن.

ولعلّه لذا جزم في القواعد[١] ومحكيّ التذكرة[٢] والحواشي[٣] وجامع المقاصد[٤] بعدم انتقال حقّ الكفالة لو انتقل الحقّ عن المستحقّ ببيع أو إحالة وغيرها، بخلاف الإرث. وإن كان هو لا يخلو من نظر، خصوصاً مع التصريح بذلك وفرض رضا الكفيل.

ولعلّ ذلك كافٍ في تصوير مسألة المتن، وإن كان الأصحّ خلافه؛ لأنّ ذلك من توابع الدين الذي نقل بالحوالة، لا من آثارها ومقتضياتها، ↑
بل لعلّ الرهانة أيضاً كذلك للأصل وغيره، والله العالم. ج ٢٦ / ١٨٢

---

(١) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٩ و ١٧١.
(٢) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤١٢ ـ ٤١٣ و ٤٢١ ـ ٤٢٢.
(٣) الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٢٩٥.
(٤) جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٤ و ٤٠٦ ـ ٤٠٧.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿إذا أحال المشتري البائع﴾ مثلاً ﴿بالثمن﴾ كلّه أو ببعضه ﴿ثمّ ردّ المبيع بالعيب السابق﴾ أو اللاحق في الثلاثة ـ مثلاً ـ أو بالإقالة . . . أو غير ذلك ممّا يقتضي الفسخ من حينه ﴿بطلت الحوالة﴾ عند الشيخ في المحكي عن مبسوطه(١). قيل: «وإليه يرجع ما في الإيضاح وجامع المقاصد»(٢)، وعن مجمع البرهان: أنّه أقوى(٣) ﴿لأنّها تتبع البيع﴾ في ذلك.

وفي القواعد: «بطلت إن قلنا: إنّها استيفاء، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسّرة فأعطاه صحاحاً ثمّ فسخ فإنّه يرجع بالصحاح. وإن قلنا: إنّها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثمّ ردّ بالعيب، فإنّه يرجع بالثمن لا الثوب»(٤).

ولعلّه للتردّد في ذلك قال المصنّف: ﴿وفيه تردّد﴾ كما عن الإرشاد(٥)، بل قيل: «وكذا التحرير والتذكرة وغاية المراد وغيرها؛ حيث لا ترجيح فيها»(٦).

لكن قد يقال: إنّ أصالة اللزوم في عقدها واستصحابه يقتضي عدم البطلان، وهي من توابع البيع بمعنى أنّها اقتضت الحوالة بالثمن الذي هو

---

(١) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٦.
(٢) مفتاح الكرامة: الضمان / في الحوالة ج ١٦ ص ٥٣٠.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٣١٢.
(٤) قواعد الأحكام: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ١٦٣ ـ ١٦٤.
(٥) إرشاد الأذهان: الضمان / في الحوالة ج ١ ص ٤٠٢.
(٦) مفتاح الكرامة: الضمان / في الحوالة ج ١٦ ص ٥٣٠.

أحد أركانه، لا من توابعه في البطلان؛ إذ هي عقد مستقلّ برأسه وإن قلنا: إنّها استيفاء لكنّه بعقد لازم، فلا ينفسخ بانفساخ العقد.

بخلاف ما لو كان بدفع ونحوه؛ من حيث إنّه ليس عقداً مبنيّاً على اللزوم، بل هو من توابع التملّك بالبيع المفروض انفساخه فيتبعه.

بخلاف المفروض الذي قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع وهو الحوالة، فلا وجه لانفساخها بانفساخه، بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادرة حينئذٍ.

بل لا فرق في ذلك بين قبض المحتال ما أُحيل به وعدمه، وإن جعل النظر والإشكال في محكيّ التحرير فيما إذا ردّ قبل القبض[1].

وحينئذٍ فللمشتري الرجوع على البائع خاصّة، بل لو كان قابضاً لا يتعيّن له المقبوض.

بل الظاهر أنّ للمشتري الرجوع على البائع وإن لم يقبض؛ لأنّها بحكم الوفاء بالنسبة إلى ذلك، وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد: «من أنّ الحوالة كالقبض ولهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة، ومن أنّ التغريم للمقبوض ولم تحصل حقيقته». ج ٢٦ / ١٨٣

بل قال فيها أيضاً: «فإن منعنا الرجوع فهل له مطالبته بتحصيل الحوالة؟ إشكال»[2] من توقّف مطالبته بحقّه على ذلك، ومن أنّ المال مال غيره و«الناس مسلّطون على أموالهم»[3]. وهذا حاصل

---

(١) تحرير الأحكام: الحوالة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٨١.

(٢) قواعد الأحكام: الضمان / في الحوالة ج ٢ ص ١٦٤.

(٣) الخلاف: مسألة ٢٩٠ ج ٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧، بحارالأنوار: ح ٧ ج ٢ ص ٢٧٢، ←

ما أطنبوا[1] في وجهه.

ولكنّ مقتضى أحد طرفي الإشكال الأوّل والثاني تعطيل حقّ المشتري إذا فرض توقّف رجوعه على القبض الذي للبائع تأخيره وعدم المطالبة به؛ لتسلّط الناس على حقوقها.

ومن ذلك يعلم: أنّ المتّجه ثبوت الرجوع له وإن لم يقبض؛ لأنّها ـ أي الحوالة ـ بحكم الأداء بالنسبة إلى ذلك، وليس له مطالبة المحال عليه؛ لعدم الحقّ له.

هذا كلّه على تقدير الصحّة.

وأمّا على تقدير البطلان ﴿فإن لم يكن﴾ أي ﴿البائع قبض المال فهو باقٍ في ذمّته[2]﴾ أي المحال عليه ﴿للمشتري﴾ لأنّ الفرض انفساخ البيع وانفساخها. وليس للبائع بعد ذلك قبضه، فلو فعل لم يقع عن المشتري؛ لبطلان الإذن له في ذلك لبطلان الحوالة، وإن احتمل بقاء الإذن الضمني وإن بطلت، كالوكالة والشركة.

ولكن مع كون الحكم في المقيس عليه ممنوعاً ـ كما تعرف في محلّه ـ قياس مع الفارق.

﴿وإن كان البائع﴾ قد ﴿قبضه، فقد برئ المحال عليه﴾ للدفع بالإذن ﴿ويستعيده المشتري﴾ حينئذٍ ﴿من البائع﴾ فليس له ردّه على

← عوالي اللآلي: ح ٩٩ ج ١ ص ٢٢٢.

(١) ينظر جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٨، ومفتاح الكرامة: الضمان / في الحوالة ج ١٦ ص ٥٣٣...

(٢) في نسختي الشرائع و المسالك: في ذمّة المحال عليه.

المحال عليه، بلا خلاف أجده بين من تعرّض له[١].

لكن قد يناقش: بأنّ مقتضى بطلان الحوالة عود المال إلى صاحبه، فلا يتوجّه للمشتري حينئذٍ المطالبة به للبائع.

هذا كلّه في إحالة المشتري للبائع بالثمن.

﴿أمّا لو أحال البائع أجنبيّاً﴾ له عليه دين ﴿بالثمن على المشتري، ثمّ فسخ المشتري بالعيب﴾ السابق ﴿أو بأمر حادث﴾ يقتضي الفسخ من حينه ﴿لم تبطل الحوالة﴾ بلا خلاف[٢]، بل عن شرح الإرشاد للفخر: الإجماع عليه[٣] ﴿لأنّها تعلّقت بغير المتبايعين﴾ والأصل فيها اللزوم، فهو حينئذٍ كما لو اشترى بالثمن ثوباً، فإنّ فسخ البيع لا يقتضي استحقاق الثوب ولا فسخ عقد شرائه، بل له مثل ↑ ج ٢٦ / ١٨٤
ثمنه أو قيمته.

﴿ولو ثبت بطلان البيع﴾ من أصله لا من حينه ﴿بطلت الحوالة في الموضعين﴾ لظهور عدم اشتغال ذمّة المحال عليه وإن قلنا بجواز الحوالة على البريء، فإنّ الفرض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمّته، فهي حوالة على ما في ذمّته لا عليه كما هو واضح، فالمال المقبوض حينئذٍ باقٍ على ملك المشتري، وله الرجوع به مع تلفه على المحتال وعلى البائع، والله العالم.

---

(١) كالشيخ في المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٤، والعلّامة في التحرير: الحوالة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٨١، والكركي في جامع المقاصد: الضمان / في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٦، والشهيد الثاني في المسالك: الحوالة / في أحكام العقد ج ٤ ص ٢٣٢.

(٢) انظر «المبسوط» في الهامش السابق.

(٣) شرح الإرشاد: الضمان / في الحوالة ص ٥٦ (مخطوط).

﴿القسم الثالث﴾

﴿في الكفالة﴾

بالفتح ، ولا ريب في أنّها من العقود الصحيحة ، بل في محكيّ التذكرة : أنّها كذلك عند عامّة أهل العلم[1].

ولكنّها مكروهة ، بها هلكت القرون الأُولى[2] ، وهي خسارة وغرامة وندامة[3].

والمعروف[4] في تعريفها : أنّها عقد شرّع للتعهّد بالنفس . والبحث في أنّها نفس العقد أو أثره ـ وفي خصوص الألفاظ ، والمعاطاة فيها ـ على نحو ما تقدّم[5] في البيع وغيره . وكذا اعتبار المقارنة بين إيجابها وقبولها والعربيّة . . . ونحوهما ممّا يعتبر في العقود اللازمة .

---

(١) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في العقد ج ١٤ ص ٣٨٧.

(٢) وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الضمان ح ١ و ٤ ج ١٨ ص ٤٢٨.

(٣) المصدر السابق: ح ٢ و ٥ ص ٤٢٨ و ٤٢٩.

(٤) ينظر قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٧، ومجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٣١٤.

(٥) في ج ٢٣ ص ٣٣١...

لكن في محكيّ التحرير زيادة : «غالباً»[١].

ولعلّه لصحّة كفالة الأعيان المضمونة عنده ، أو الأعيان التي يراد الشهادة على عينها كذلك ، كما صرّح به بعضهم فجوّز كفالة الدابّة والكتاب وغيرهما للشهادة على أعيانها[٢]. بل ربّما احتمل ذلك في عبارة القواعد الآتية .

ولكن لا يخلو من نظر أو منع ؛ ضرورة الشكّ في تناول الأدلّة لمثله . والأصل عدم ترتّب الآثار ، بل الظاهر اختصاص «النفس» بالآدمي ، لا الدابّة ونحوها .

وفي محكيّ التذكرة : «الضابط في ذلك أن نقول : حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه ، فكلّ من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء[٣] يستحقّ إحضاره بحقّ[٤] الكفالة ببدنه»[٥]. ونحوه عن المبسوط[٦]. وظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه .

ولكن في القواعد : «تصحّ حالّةً ومؤجّلةً على كلّ من يجب عليه الحضور مجلس الحكم ؛ من زوجة يدّعي الغريم زوجيّتها ، أو كفيل

---

(١) تحرير الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦.

(٢) مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٥٦٤ و ٥٧٤.

(٣) في المصدر بعدها إضافة «أو»، كما أنّه ضبطت كلمة «الاستعداء» في متن التذكرة بـ «الاستدعاء».

(٤) في المصدر بدلها: تجوز.

(٥) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الكفيل والمكفول ج ١٤ ص ٣٩٨.

(٦) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٧.

يدّعي عليه الكفالة ، أو صبي أو مجنون ؛ إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف ، وبدن المحبوس ؛ لإمكان تسليمه بأمر مَن ↑ ج ٢٦ / ١٨٥
حبسه ثمّ يعيده إلى الحبس ، أو عبد آبق ، أو من عليه حقّ لآدمي من مال أو عقوبة قصاص» .

إلى أن قال : «ولا تصحّ على حدّ الله تعالى ، والأقرب صحّة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام ، وضمان الأعيان المغصوبة ، فإن ردّ برئ ، وإن تلف ففي إلزامه بالقيمة وجهان ، الأقرب العدم ، كموت المكفول دون الوديعة والأمانة» .

«وتصحّ كفالة من ادّعي عليه وإن لم يقم البيّنة بالدين وإن جحد ؛ لاستحقاق الحضور ، والكفالة ببدن الميّت ؛ إذ قد يستحقّ إحضاره للشهادة على صورته»[1] . ولكن لا يخفى عليك النظر في جملة من ذلك .

وعن فخر الإسلام : «الكفالة في مذهبنا إنّما تصحّ بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حقّ شرعيّ ، والحقّ أعمّ من أن يكون ديناً أو عيناً ، وقيل : كلّ من يستحقّ إحضاره إلى مجلس الشرع فإنّه تصحّ كفالته»[2] .

قلت : فعلى الأخير ـ وهو الصحيح ـ تصحّ الكفالة بمجرّد الدعوى ، دون الأوّل .

---

(١) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

(٢) شرح الإرشاد: الضمان / في الكفالة ص ٥٦ ـ ٥٧ (مخطوط).

وعلى كلّ حال ، فالمتيقّن من مورد الكفالة : التعهّد بإحضار النفس المستحقّ عليها ذلك بسبب حقّ ، ولو دعوى للمكفول له عليها .

نعم ، لا تصحّ في الحدود ؛ للإجماع المحكي عن التذكرة على ذلك[١] ، ولقوله صلى الله عليه وآله في المروي من طرق الخاصّة[٢] والعامّة[٣] : « لا كفالة في حدّ » .

وربّما تسمع لبعض المسائل المزبورة في المباحث الآتية تتمّة إن شاء الله .

ويتمّ عقدها بالإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له ﴿ و ﴾ من هنا لم يكن إشكال بل ولا خلاف في أنّه ﴿ يعتبر رضا ﴾ هما أي ﴿ الكفيل والمكفول له ﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[٤] ، مضافاً إلى معلوميّة عدم الالتزام بحقّ من دون رضا الطرفين .

﴿ دون المكفول ﴾ الذي هو بمنزلة المضمون ﴿ عنه ﴾ بالنسبة إلى

---

(١) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الكفيل والمكفول ج ١٤ ص ٣٩٦ (ظاهره الإجماع).

(٢) الكافي: الحدود / باب أنّه لا كفالة في حدّ ح ١ ج ٧ ص ٢٥٥، وسائل الشيعة: انظر باب ١٦ من كتاب الضمان ج ١٨ ص ٤٣٧.

(٣) سنن البيهقي: ج ٦ ص ٧٧، معرفة السنن والآثار: ح ٣٦٦٧ ج ٤ ص ٤٧٤، الجامع الصغير: ح ٩٩٢١ ج ٢ ص ٧٥١، كنزالعمّال: ح ١٣٣٧٣ ج ٥ ص ٢٩٠.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الكفيل والمكفول ج ١٤ ص ٣٩٢، ومجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٣١٥، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٦ ج ٣ ص ١٥٠، والحدائق الناضرة: الكفالة / الموضع الأوّل ج ٢١ ص ٦٢، ورياض المسائل: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٢٨٩.

ذلك عند المشهور[١]، بل عن التذكرة: نسبته إلى علمائنا[٢]؛ لعموم: «أوفوا...»[٣] بعد تناول إطلاق الكفالة لذلك. ولأنّ غاية الكفالة هي إحضار المكفول حيث يطلب، ومن المعلوم أنّه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل الذي ↑ ج ٢٦ / ١٨٦ لا يشترط في وكالته رضا الموكّل عليه.

وقد يناقش: بمنع تناول إطلاق الكفالة المحتمل اعتبار رضا المكفول عنه في تحقّق مسمّاها، كرضا المكفول له.

وما في المسالك وغيرها[٤] من أنّه «على تقدير اعتبار رضاه ليس على حدّ رضا الآخرين، بل يكفي كيف اتّفق، نحو ما سمعته في المحال عليه[٥]»[٦] مجرّد دعوى لا دليل عليها.

ولا استبعاد في دعوى تركيب عقدها من قبول الاثنين مع الإيجاب من الكفيل، لا أقلّ من الشكّ في تناول الإطلاق، فلا تندرج في «أوفوا...» والأصل عدم ترتّب أثر الكفالة.

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٣٤، وكفاية الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٥٩٨ ـ ٥٩٩، ومفاتيح الشرائع: (انظره في الهامش السابق).

(٢) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الكفيل والمكفول ج ١٤ ص ٣٩٣.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٦ ج ٣ ص ١٥١. ومفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٥٦٧.

(٥) في المصدر: «المضمون» بدل «المحال عليه».

(٦) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٣٥.

ولعلّه لذا كان المحكي عن الشيخ[١] والقاضي[٢] وابني حمزة[٣] وإدريس[٤] اعتبار رضاه، بل عن الفاضل في التحرير: أنّه قوّاه[٥].

لا ما قيل من الاستدلال له بـ«أنّه إذا لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكّن من إحضاره، فلا تصحّ كفالته؛ لأنّها كفالة بغير المقدور. وهذا بخلاف الضمان؛ لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه، ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور»[٦]. إذ هو ـ كما ترى ـ مصادرة محضة.

مع أنّه ردّه في المسالك وغيرها[٧] بـ«أنّ مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه، وهو ممنوع؛ لأنّ المستحقّ متى طلبه وجب عليه الحضور ـ وإن لم يكن مكفولاً ـ إجماعاً. وفائدة الكفالة راجعة إلى التزام الكفيل بالإحضار حيث يطلبه المكفول له، فإن طلبه منه لا يقصر عن توكيله، وإن لم يطلبه لا يجب عليه الحضور معه وإن كان برضاه»[٨].

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٧.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الكفالة ج ٦ ص ١٢.

(٣) الوسيلة: بيان الكفالة ص ٢٨١.

(٤) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٧.

(٥) تحريرالأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٧.

(٦) استدلّ به لهم في تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الكفيل والمكفول ج ١٤ ص ٣٩٣، وانظر المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١٠٣ ـ ١٠٤.

(٧) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٦ ج ٣ ص ١٥٠ ـ ١٥١، ومفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٥٦٦.

(٨) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٣٥.

وإن كان قد يناقش: بمعلوميّة زيادة حقّ في الكفالة على الوكالة التي هي غير لازمة للكفالة؛ إذ الظاهر أنّه متى تعلّق حقّ الكفالة كان له إحضاره لإرادة البراءة من عهدته من دون طلب المكفول له، كما عن التذكرة[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣] وابن المتوّج[٤] الجزم به، بل عن الكركي: أنّه قطعيّ[٥].

وكأنّ الذي أوقعه في ذلك ما في القواعد: «يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلّا فلا إن كان متبرّعاً، وإلّا فكالأوّل»[٦].

مع أنّ المراد منها ـ على الظاهر ـ وجوب الحضور مع الكفيل وإن لم يطلبه المكفول له منه إذا كانت الكفالة بالإذن، نعم لو كانت تبرّعاً لم يجب عليه الحضور إلّا مع طلبه منه، فهو موافق لما قلناه في القسم الأوّل.

وأمّا الثاني فقد يناقش: بأنّه متى صحّت الكفالة تبرّعاً لحقه ↑ ج ٢٦ / ١٨٧
حكمها؛ وهو وجوب الحضور مع الكفيل لو طلبه؛ ولعلّه لأنّ تكفيله يقتضي تسليطه عليه بالإحضار، أو أنّ ذلك من أحكامها شرعاً،

(١) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤١٢.
(٢) تحريرالأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٧١.
(٣) جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٤٠١.
(٤) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٦٢٦.
(٥) المصدر قبل السابق.
(٦) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٧٠.

ولو لأنّ التكليف بالإحضار يقتضي تكليف الآخر بالحضور، بل ربّما يدّعى ظهور أدلّة الكفالة في ذلك، فلاحظ وتأمّل.

إذا تقرّر هذا، انحصر وجه المسألة حينئذٍ في أنّ رضا المكفول شرط ينفى ـ مع الشكّ فيه ـ بالإطلاق، أو أنّه من أركان العقد على وجهٍ لا تتحقّق الكفالة بدونه، ولا أقلّ من الشكّ، والأصل عدم ترتّب الأثر. ولعلّ الثاني لا يخلو من قوّة.

ولا ينافيه عدم اعتبار رضا المحال عليه ـ لو قلنا به ـ ولا عدم اعتبار رضا المضمون عنه؛ لإمكان الفرق: بتعارف الحوالة على مشغول الذمّة بدون رضاه على وجهٍ لا شكّ في صدق اسم الحوالة عليها عرفاً. وبمعلوميّة جواز التبرّع بالوفاء عن المديون. وليس المقام من الثاني قطعاً، كما لا تعارف في كفالة الغائب على وجهٍ تندرج في الكفالة بحيث تدخل في إطلاقها، فتأمّل جيّداً.

﴿و﴾ كيف كان، ف﴿تصحّ حالّةً ومؤجّلةً على الأظهر﴾ بل لا خلاف[1] في الثاني، بل في الروضة: أنّه موضع وفاق[2]. على معنى الكفالة إلى شهر، فيلزمه إحضاره بعد الشهر، نحو الأجل في الدين وغيره. أمّا لو قال: «كفلته شهراً» بمعنى التعهّد به في ضمن الشهر، فعن التحرير: صحّتها، وسمّاها الموقّتة[3]. ولعلّه لإطلاق الأدلّة.

---

(١) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٣١٨.

(٢) الروضة البهيّة: كتاب الكفالة ج ٤ ص ١٥١.

(٣) تحريرالأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.

وعلى المشهور[١] في الأوّل، بل عن السرائر: أنّه حقّ اليقين[٢].

خلافاً للمحكي عن ظاهر الشيخين في المقنعة[٣] والنهاية[٤] وابن حمزة[٥] وسلّار[٦] وعن القاضي في أحد قوليه[٧]، بل عن الآبي في كشف الرموز الجزم به[٨].

لكن لم نعرف لهم دليلاً نخرج به عن إطلاق الأدلّة المقتضي عدم الاشتراط، كما قدّمنا نظيره في الضمان، بل قد تقدّم[٩] عن ابن إدريس رحمه الله تأويل كلامهم على وجهٍ يرتفع الخلاف به، وما ذلك إلّا لضعف القول به.

ودعوى: «أنّ الكفالة لابدّ لها من فائدة، فلو شرّعت حالّةً لكانت خالية عن فائدة؛ إذ للمكفول له أن يطلب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تربّص، وذلك يكون عبثاً»[١٠] لا حاصل لها.

---

(١) كما في كفاية الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٥٩٩، والحدائق الناضرة: الكفالة / الموضع الثاني ج ٢١ ص ٦٣.

(٢) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٠ و٧٧.

(٣) المقنعة: الضمان / الضمانات والكفالات ص ٨١٥.

(٤) النهاية: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٣٨.

(٥) الوسيلة: بيان الكفالة ص ٢٨١.

(٦) المراسم: أحكام الضمانات ص ٢٠٠.

(٧) نقل ذلك عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الكفالة ج ٦ ص ١٢.

(٨) كشف الرموز: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٥٦٠.

(٩) في ص ٢٦٢.

(١٠) الهامش قبل السابق: ص ٥٦٠ ـ ٥٦١.

﴿و﴾ حينئذٍ ﴿مع الإطلاق تكون﴾ صحيحة ﴿معجّلة﴾.

﴿وإذا اشترط الأجل فلابدّ أن يكون معلوماً﴾ على وجهٍ ↑ ج ٢٦ / ١٨٨ لا يختلف زيادةً ونقصاً، بلا خلاف نجده فيه بيننا[١]، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه[٢] في المقام وفي غيره من العقود اللازمة؛ حتّى القابل منها للغرر كالصلح ونحوه. وهو الحجّة.

مضافاً إلى قاعدة الغرر[٣] بناءً على عمومها لمثل المقام، وإلّا كان الأوّل هو الحجّة.

فما عن بعض العامّة ـ من جواز الجهالة في الأجل هنا؛ قياساً على العارية[٤] ـ واضح الفساد بعد بطلان القياس، على أنّه مع الفارق بالجواز فيها واللزوم هنا.

وكيف كان، فلا إشكال ﴿و﴾ لا خلاف[٥] في أنّ ﴿للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلاً إن كانت﴾ الكفالة ﴿مطلقة أو

---

(١) نفى الخلاف في الحدائق الناضرة: الكفالة / الموضع الثاني ج ٢١ ص ٦٤، ورياض المسائل: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٢٩١.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٣٥، ومجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٣١٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٦ ج ٣ ص ١٥١، ونسبه إلى الأصحاب في كفاية الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٥٩٩.

(٣) تقدّمت في ص ٢٨٦.

(٤) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١٠٠، الشرح الكبير: ج ٥ ص ١٠٦.

(٥) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٧، والسرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٧ ـ ٧٨، وقواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٨، والحدائق الناضرة: الكفالة / الموضع الثالث ج ٢١ ص ٦٤.

معجّلة، وبعد الأجل إن كانت مؤجّلة﴾ .

﴿فإن سلّمه تسليماً تامّاً﴾ بحيث يتمكّن المستحقّ منه ﴿فقد برئ﴾ ممّا عليه من حقّ الكفالة وإن لم يتسلّمه منه ، سواء تمكّن من الحاكم أو لا على الأصحّ ، بل الظاهر عدم اعتبار الإشهاد في ذلك إلّا لإرادة الإثبات لو أنكر ، وإن كان قد يتوهّم ذلك من المسالك[١] وغيرها[٢] ، لكن لا دليل عليه .

﴿وإن امتنع﴾ الكفيل عن ذلك ﴿كان له حبسه﴾ عند الحاكم ، بل وعقوبته عليه ﴿حتّى يحضره أو يؤدّي ما عليه﴾ كما عن النهاية[٣] والسرائر[٤] والنافع[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] واللمعة[٨] والروضة[٩] .

قال الصادق عليه‌السلام في خبر عمّار : «أُتي أميرالمؤمنين عليه‌السلام برجل قد تكفّل بنفس رجل[١٠] وقال : اطلب صاحبك»[١١] .

---

(١) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٣٦.
(٢) كالروضة البهيّة: كتاب الكفالة ج ٤ ص ١٥٢.
(٣) النهاية: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٣٨.
(٤) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٧.
(٥) المختصر النافع: الضمان / في الكفالة ص ١٤٣.
(٦) تحريرالأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.
(٧) إرشاد الأذهان: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.
(٨) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الكفالة ص ١٤٦.
(٩) الروضة البهيّة: كتاب الكفالة ج ٤ ص ١٥٢ ـ ١٥٣.
(١٠) في المصدر بعدها إضافة: فحبسه.
(١١) الكافي: المعيشة / باب الكفالة والحوالة ح ٦ ج ٥ ص ١٠٥، وسائل الشيعة: باب ٩ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٣٠.

وفي خبر الأصبغ بن نباتة: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام ـ في رجل تكفّل بنفس رجل ـ أن يحبس، وقال له: اطلب صاحبك...»[١].

وفي خبر إسحاق بن عمّار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام أُتي برجل كفل برجل بعينه، فأخذ بالمكفول فقال: احبسوه حتّى يأتي بصاحبه»[٢].

وفي خبر عامر[٣] بن مروان عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليهم السلام: «أنّه أُتي برجل قد كفل بنفس رجل، فحبسه فقال: اطلب صاحبك»[٤].

↑ إلّا أنّها ـ كما ترى ـ ليس في شيء منها التخيير بين الإحضار
ج ٢٦/١٨٩ والأداء ـ كما هو ظاهر الجماعة، المقتضي وجوب القبول على المستحقّ مع بذله له ـ بل الأوّل خاصّة.

ومن هنا كان المحكي عن التذكرة[٥] وغيرها[٦]: عدم وجوب القبول على المكفول له إذا بذل الكفيل له الحقّ، لعدم انحصار الغرض فيه؛ إذ قد يكون له غرض لا يتعلّق بالأداء، أو بالأداء من الغريم لا من

(١) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الكفالة ح ٣٤٠٠ ج ٣ ص ٩٥. وسائل الشيعة: باب ٩ من كتاب الضمان ح ٢ ج ١٨ ص ٤٣١.

(٢) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٤ الكفالات والضمانات ح ٣ ج ٦ ص ٢٠٩. وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٣).

(٣) في بعض النسخ ـ مطابقاً للتهذيب ـ: عمّار.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤١١.

(٦) كجامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣.

غيره، فله حينئذٍ إلزامه بالإحضار، خصوصاً ما[1] لا بدل له كحقّ الدعوى، أو في ذي البدل الاضطراري كالدية عوض القتل ومهر المثل عوض الزوجة. واختاره في المسالك[2] والرياض[3].

ولكن قد يناقش أوّلاً: بأنّ مبنى الكفالة عرفاً على ذلك، بل هو المقصود بين المتعاقدين بها.

وثانياً: بظهور قول الصادق عليه السلام في مرسل الصدوق: «الكفالة خسارة غرامة ندامة»[4] ـ كقوله في خبر داود البرقي[5]: «مكتوب في التوراة: كفالة غرامة ندامة»[6] ـ في اقتضائها ذلك، بل قد يشعر بذلك في الجملة حكم من أطلق غريماً أو القاتل عمداً. لكن ينافي ذلك كلّه ما تسمعه من تفسير خبري البقباق الآتيين.

وثالثاً: بأنّ الظاهر اندراج التبرّع بمساوي الحقّ في «الوفاء» الذي يجب قبوله على المستحقّ وإن كان من غير من عليه الحقّ. ودعوى: اعتبار تشخيص المديون ذلك وفاءً، تقتضي عدم احتسابه وفاءً حتّى مع الرضا من المديون، وهو مخالف للمقطوع به، كدعوى: اختصاص ذلك في حال التراضي، التي لا مدرك لها بالخصوص، بل ليست إلّا

---

(١) تحتمل المعتمدة: ممّا.

(٢) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٣٧.

(٣) رياض المسائل: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

(٤) من لايحضره الفقيه: القضايا / باب الكفالة ح ٣٤٠٥ ج ٣ ص ٩٧، وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الضمان ح ٢ ج ١٨ ص ٤٢٨.

(٥) في المصدر: داود الرقّي.

(٦) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٤ الكفالات والضمانات ح ٩ ج ٦ ص ٢١٠، وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ٥ ص ٤٢٩).

لصدق وفاء الحقّ ووجوب قبول ذلك من باذله من غير فرق بين المديون وغيره، وحينئذٍ فله التبرّع بالوفاء المقتضي سقوط الحقّ الذي تسقط الكفالة بسقوطه وإن لم نقل: إنّ ذلك من مقتضياتها.

نعم، إنّما يتمّ ذلك في الدين ونحوه، أمّا فيما لا بدل له أو له بدل اضطراري فلا يجب عليه القبول. اللّهمّ إلّا أن يقال ـ في مقام حصول الضرر بالتخليد بالحبس ونحوه ـ: ينقله الحاكم إليه أو إلى ما يقتضي ارتفاع مثل هذا الضرر به، كما عساه يومئ إليه فحوى ما تسمعه في إطلاق القاتل.

وعلى كلّ حال، فما ذكره المصنّف والجماعة لا يخلو من قوّة. ↑

ثمّ إنّ الكفيل يرجع على المكفول بما أدّاه إن كان الأداء عنه بإذنه ج ٢٦ / ١٩٠
وإن كانت الكفالة بغير إذنه، بناءً على مشروعيّتها.

والفرق بينها وبين الضمان بغير إذنه مع كون الأداء بإذنه: أنّ الكفالة لم تتعلّق بالمال بالذات، فيكون حكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبي، فإذا أدّاه بإذن من عليه فله الرجوع، بخلاف الضمان المقتضي انتقال المال إلى ذمّة الضامن، فلا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء؛ لأنّه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه. إلّا أن يراد منها الوكالة في الأداء عنه وإن كان الدين على المؤدّي المأذون.

ولا يرجع عليه مع عدم الإذن في الأداء وإن كان كفل بإذنه إذا أمكن مراجعته وإحضاره للمكفول له؛ ضرورة كونه متبرّعاً بالوفاء حينئذٍ، لعدم اقتضاء الكفالة الإذن في ذلك على الحال المفروض.

نعم، إذا أدّى مع فرض تعذّر الإحضار، ففي المسالك: «له الرجوع وإن لم يأذن له في الأداء؛ لأنّ ذلك من لوازم الكفالة، فالإذن فيها إذن في لوازمها»[١].

وفيه: أنّه منافٍ لما سمعته منه ومن غيره سابقاً من أنّها لا تقتضي إلّا الإحضار؛ ولذا لا يجب على المكفول له القبول إذا بذل الكفيل، ومع فرض أنّ ذلك من لوازمها يجب عليه القبول؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالوكيل عن المديون في ذلك.

نعم، قد يكون له الرجوع ممّا ذكرناه من قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[٢] من حيث لزوم التخليد في الحبس ونحوه، المفروض كون المكفول سبباً له بالإذن في الكفالة. بل لعلّ قاعدة «احترام مال المسلم»[٣] تقضي به أيضاً؛ لعدم صدق التبرّع عليه بذلك ... أو لغير ذلك ممّا لا يقتضي كونه من لوازم الكفالة، إن لم نقل: إنّ من مقتضياتها دفع المال عن المكفول ولو في حال تعذّر الإحضار، وإلّا اتّجه له الرجوع حينئذٍ كما ذكره، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

---

(١) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٣٧ (بتصرّف في صدر العبارة).

(٢) سنن ابن ماجة: ح ٢٣٤٠ و٢٣٤١ ج ٢ ص ٧٨٤، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٦٩، المعجم الأوسط (للطبراني): ح ٥١٩٣ ج ٥ ص ٣٨٢، مسند أحمد: ج ٥ ص ٣٢٧، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ١١٠، كنزالعمّال: ح ٩١٦٧ ج ٣ ص ٩١٩ وح ٩٤٩٨ ج ٤ ص ٥٩.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب مكان المصلّي ح ١ و٣ ج ٥ ص ١٢٠، مسند أحمد: ج ٥ ص ٧٢، كنزالعمّال: ح ٣٩٧ ج ١ ص ٩٢، سنن ابن ماجة: ح ٣٠٧٤ ج ٢ ص ١٠٢٤، سنن أبي داود: ح ١٩٠٥ ج ٢ ص ١٨٥، سنن الدارقطني: ح ٩٢ ج ٣ ص ٢٦، صحيح مسلم: ح ١٢١٨ ج ٢ ص ٨٨٩، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ١٧٢، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٠٠، مسند أبي يعلى: ح ١٥٧٠ ج ٣ ص ١٤٠.

﴿ولو قال: إن لم أُحضره كان عليَّ كذا، لم يلزمه إلّا إحضاره، دون المال. ولو قال: عليَّ كذا إلى كذا إن لم أُحضره، وجب عليه ما شرط من المال﴾ كما في القواعد[١] ومحكيّ الإرشاد[٢].

لكن يمكن أن يكون المراد: «إن لم يحضره» كما في النافع[٣] ومحكيّ النهاية[٤] والسرائر[٥] والتحرير[٦] والتذكرة[٧] وحواشي القواعد[٨] واللمعة[٩] والمهذّب البارع[١٠] وكشف الرموز[١١] والتنقيح[١٢]، بل هو ظاهر المحكي عن القاضي[١٣] وابن حمزة[١٤]. (ج ٢٦ ـ ١٩١)

بل في الأخيرين[١٥] والمحكي عن إيضاح النافع[١٦]: نسبة ذلك إلى

---

(١) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٩.

(٢) إرشاد الأذهان: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.

(٣) المختصر النافع: الضمان / في الكفالة ص ١٤٣.

(٤) النهاية: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٣٨.

(٥) السرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٥.

(٦) تحريرالأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤١٣.

(٨) الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٢٩٥.

(٩) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الكفالة ص ١٤٦.

(١٠) المهذّب البارع: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٣١ ـ ٥٣٢.

(١١) كشف الرموز: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٥٦١.

(١٢) التنقيح الرائع: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٩٦ و١٩٧.

(١٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الكفالة ج ٦ ص ١٦.

(١٤) الوسيلة: بيان الكفالة ص ٢٨١.

(١٥) أي كشف الرموز والتنقيح، وعبارة الأوّل منهما: «المتلقّى بالقبول» دون النسبة إلى الأصحاب، وتقدّم المصدر آنفاً.

(١٦) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٥٩٦.

الأصحاب .

بل في المهذّب في شرح عبارة النافع : «إنّ المسألة إجماعيّة»[١] .

وفي جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد : «هذا مروي من طرق الأصحاب ، وقد أطبقوا على العمل به»[٢] .

وفيه أيضاً[٣] ومحكيّ الحواشي[٤] وغاية المرام[٥] : «إنّ الفارق بين المسألتين : الإجماع والنصّ» .

ولكن مع ذلك كلّه نظر فيه في المسالك بعد أن حكاه[٦] عن ابن فهد والكركي ، قال :

«لمنع الإجماع في موضع النزاع ، فإنّ أحداً من الأصحاب لم يدّعه ، والموجود كلامهم في المسألة جماعة يسيرة ، والباقون لا يعرف حكمهم فيها» .

«ومع ذلك فقد ذكر العلّامة في المختلف كلام الشيخ ومن تبعه ، ثمّ قال : وعندي في هذه المسألة نظر ، ثمّ نقل فيها عن ابن الجنيد حكماً مخالفاً لما ذكره الشيخ والجماعة ، وقال : إنّ كلام ابن الجنيد أنسب» .

«وقد عرفت أنّ للمصنّف وحده فيها قولين هنا وفي النافع، وللعلّامة

---

(١) انظر «المهذّب البارع» المتقدّم آنفاً.

(٢) جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٣.

(٣) المصدر السابق.

(٤) نقله عنها في مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٥٩٥ ـ ٥٩٦.

(٥) عبارته: «هذه المسألة إجماعيّة ... وإنّما الفارق النصّ». انظر غاية المرام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٢١٥.

(٦) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٣٩.

وحده فيها أربعة مذاهب ، فدعوى الإجماع بمثل ذلك عجيب»[١].

وفيه ما لا يخفى عليك من عدم منافاة ذلك لحكاية الإجماع ، وإن كان هو ـ كما ذكر ـ محلاً للنظر ، لكن ليس لذلك ، بل لما ستعرفه إن شاء الله .

على أنّ ترك القيد من المصنّف والفاضل في بعض كتبهما[٢] ـ مع احتمال إرادتهما له ؛ بقرينة ذكرهما له في البعض الآخر[٣] ـ لا ينافي الإجماع على أصل المسألة .

وقول الفاضل : «إنّ قول ابن الجنيد أنسب»[٤] ليس قولاً في المسألة ، وكذا الاحتمال المذكور عنه[٥] في الجمع : بحمل المال في أحد الشقّين على المال المكفول ، وفي الآخر على مالٍ غير ذلك التزم به الكفيل إن لم يحضره .

وكذا مناقشته[٦] في سند الخبرين اللذين هما الأصل في هذه المسألة :

أحدهما خبر البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام : «سألته عن الرجل تكفّل بنفس الرجل إلى أجل ، فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً؟

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٤٠.

(٢) كالقواعد والإرشاد على ما تقدّم في أوّل الفرع.

(٣) كالتحرير والتذكرة المتقدّمين آنفاً.

(٤) مختلف الشيعة: الديون / في الكفالة ج ٦ ص ١٧.

(٥) أي «العلّامة» على ما حكاه عنه ولده الفخر، كما نقل ذلك في مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٢.

(٦) أي الشهيد الثاني، انظر مسالك الأفهام في الهامش السابق: ص ٢٣٩.

قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، وهو كفيل بنفسه أبداً، إلّا ↑ ج ٢٦ / ١٩٢
أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجّله»[١]. وهو إمّا صحيح أو موثّق.

والثاني خبره الآخر أيضاً: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل تكفّل لرجل بنفس رجل فقال: إن جئت به وإلّا فعليَّ خمسمائة درهم ـ كما في التهذيب[٢]، وفي الكافي: إن جئت به وإلّا فعليك خمسمائة درهم[٣]، وفيهما معاً: ـ قال: عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم، فإن قال: عليَّ خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه؟ قال: يلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه»[٤].

وهو موثّق أيضاً، بل في سنده «أبان» الذي هو من أصحاب الإجماع[٥].

وبذلك اكتفى جماعة من الأصحاب على الفرق بين المسألتين، قائلين: إنّ كثيراً من المسائل حكم فيها بما يخالف القواعد بأقلّ من ذلك[٦].

إلّا أنّ الإنصاف: استبعاد التعبّد في أمثال هذه المسائل، خصوصاً

---

(١) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٤ الكفالات والضمانات ح ٥ ج ٦ ص ٢٠٩، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الضمان ح ٢ ج ١٨ ص ٤٣٢.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٠ ص ٢١٠.

(٣) الكافي: المعيشة / باب الكفالة والحوالة ح ٣ ج ٥ ص ١٠٤.

(٤) وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٣٢.

(٥) اختيار معرفة الرجال: ح ٧٠٥ ص ٣٧٥.

(٦) ينظر رياض المسائل: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٢٩٦.

في المقام الذي ليس فيه إلّا تأخير الشرط وتقديمه، مع أنّه إن أُخّر لفظاً فهو مقدّم معنىً، بعد الإغضاء عن اقتضاء التعليق البطلان، وعن عدم صلاحيّة مثل اللفظ المزبور ـ في المتن وغيره ـ لحصول عقد الكفالة أو الضمان به.

ولولا ما سمعته من الإجماع المزبور، لأمكن القول بأنّ المراد من الروايتين: بيان الفرق في عقد الكفالة بين الاقتصار عليه فقط وبين اشتراط أداء المال فيه مع عدم الإحضار؛ ففي الأوّل لا يكلّف إلّا النفس أبداً، وفي الثاني يغرم المال إن لم يحضره.

فيراد من قوله: «إلّا أن يبدأ» إظهار اشتراط الدراهم، من «بَدَا الأمر بدواً: أي ظهر» كما في الصحاح، أو من «بادَى فلانٌ بالعداوة: أي جاهر بها»[1] كما فيه أيضاً[2]. أي: الكفيل إنّما يكلّف بإحضار النفس أبداً إلّا أن يظهر أو يجهر باشتراط الدراهم إن لم يأت به، فحينئذٍ يكلّف بها إن لم يحضره.

والتصرّف في كتابة: «يبدأ» بما يقتضي الأوّليّة إنّما هو من النسّاخ، مع أنّه يمكن ـ عليها أيضاً ـ إرادة هذا المعنى، لا التقدّم والتأخّر. وقوله: «فإن لم يأت به» في الخبر الأوّل على جهة الاستفهام من السائل فأجابه بذلك.

والخبر الثاني ـ على ما في الكافي وبعض نسخ التهذيب ـ منطبق أيضاً على ذلك؛ ضرورة أنّ اشتراط الخمسمائة فيه ـ الأوّل ـ إنّما كان ج ٢٦ / ١٩٣

(١ و٢) الصحاح: ج ٦ ص ٢٢٧٨ (بدا).

من المكفول له لا من الكفيل، ومن المعلوم عدم التزامه بذلك إذا لم يكن ذلك من الكفيل نفسه في عقد الكفالة؛ ولذا قال في جوابه: إنّه إن قال هو: عليَّ خمسمائة درهم إن لم آت به لزمه ذلك.

نعم، إنّما جاء الاشتباه في رواية بعض نسخ التهذيب، والظاهر أنّه اشتباه من النسّاخ، فإنّ ما في الكافي أضبط، خصوصاً مع اعتضاده ببعض نسخ التهذيب وشهادة الرواية الأُولى له، وهذا معنى جيّد في الخبرين.

ويشهد له: ما تقدّم من النصوص الظاهرة في عدم تكليف الكفيل إلّا بالإحضار وأنّه يحبس على ذلك، وهو معنى قوله هنا: «وهو كفيل بنفسه أبداً».

كما أنّ الخبرين ظاهران أو صريحان في وجود عقد الكفالة بغير هذا اللفظ، وإنّما ذكره على سبيل الاشتراط الذي يشمله عموم: «المؤمنون عند شروطهم»[1]، وليس هو بمعنى التعليق المقتضي لبطلان العقد. وبذلك يصحّ بالشرط المزبور الالتزام بالمال المذكور وإن لم يكن هو على المكفول، وإن كان المنساق إلى الذهن إرادة اشتراطٍ ما على المكفول.

ولعلّ هذا أولى من المحكي عن الكركي: من بيان الفرق بين

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣١ المهور ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ٢١ ص ٢٧٦، عوالي اللآلي: ح ١٧٣ ج ١ ص ٢٩٣، تلخيص الحبير: ج ٨ ص ٣٣٩، كشّاف القناع: ج ٤ ص ٧٣، كشف الخفاء: ذيل ح ٢٣٠٢ ج ٢ ص ٢٠٩، عمدة القاري: ج ١٢ ص ٩٤.

المسألتين بأنّه «إذا قدّم براءة ذمّة المضمون عنه بقوله : (عليّ كذا) امتنعت الكفالة حينئذٍ ؛ لعدم حقّ له حينئذٍ عليه ، فلا يلزم إلّا بالمال ، بخلاف ما إذا قدّم الكفالة ، فإنّه يكون الضمان المتعقّب لها ـ لكونه معلّقاً على شرط ـ باطلاً . ولمنافاة الضمان صحّة الكفالة»[1] .

إذ هو ـ كما ترى ـ منافٍ لما عرفته من النصّ والإجماع المحكي وغيره من تقييد لزوم المال ـ في صورة تقديم الضمان ـ بعدم الإحضار ، وأنّه مراد المصنّف هنا وإن ترك ذكره .

ومنافٍ أيضاً للتعليق المقتضي لبطلان الضمان ، بل ولعدم براءة المضمون عنه التي ذكرها وبنى عليها بطلان الكفالة .

بل ومنافٍ لما هو ظاهر الخبرين أو صريحهما من حصول عقد الكفالة أوّلاً بغير اللفظ المزبور . ↑ ج ٢٦ / ١٩٤

بل لا يتمّ أيضاً بناءً على أنّ المسألة أعمّ من كون المكفول على مال وغيره من قتل وزوجيّة وغيرهما ممّا لا يقبل الضمان . وعلى تقديره فما جعله الضامن عليه ـ من «كذا» في الأُولى ، و«خمسمائة» في الثانية ، ومطلقاً في كلام الجماعة ـ أعمّ من كونه مساوياً للحقّ الذي على المكفول وزائداً وناقصاً ، ومماثلاً له في الجنس ومخالفاً ، والضمان المدّعى لا يتمّ إلّا في قليل من هذه المسائل .

بل فيه أيضاً : أنّه ليس في العبارة المذكورة في المتن وغيره من كتب الجماعة لفظ يدلّ على كفالة صحيحة شرعاً ، وإنّما الموجود فيها

---

(١) جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٣ (بتصرّف).

ضمان معلّق على شرط تقدّم أو تأخّر، وأمّا الكفالة فهي مجعولة شرطاً، ومجرّد ذلك لا يكفي في عقد الكفالة، ولو قيل: إنّه أتى قبل ذلك بلفظ يدلّ عليها فتقدير مثل ذلك مبطل؛ للفرق الذي ادّعاه بين المسألتين... إلى غير ذلك ممّا لا يخفى.

وأولى أيضاً ممّا حكاه فخر الدين عن والده من حمل الرواية على أنّه التزم في الصورة الأُولى بما ليس عليه، كما لو كان عليه دينار فقال: «إن لم أُحضره فعليَّ عشرة دنانير» فإنّه لا يلزمه المال إجماعاً؛ لأنّه التزام بما ليس عليه. أمّا الثانية فإنّه التزام بما عليه وهو الدينار مثلاً، فكأنّه قال: «عليَّ الدينار الذي عليه إن لم أُحضره»[1].

إذ لا يخفى عليك ما فيه: من المنافاة لإطلاق «المال» في الصورتين المتقاربتين، بل مقتضى تعريف الدراهم في قوله[2]: «إلّا أن...» إلى آخره كون المراد الدراهم الأُولى؛ لانسباق العهد منه كما في نظائره. على أنّ الرواية الثانية قد اتّحد فيها لفظ الخمسمائة في الصورتين.

وأولى أيضاً ممّا ذكره المقداد ـ مستحسناً له، قائلاً: إنّه لم يذكره أحد من الأصحاب ـ وهو: «أنّ المراد من الأُولى الإتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزامه بالمال إن لم يأت به، وذلك يقتضي صحّة الكفالة

(١) نقله عنه في مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٢.

(٢) أي في رواية البقباق الأُولى المتقدّمة في ص ٣٨٤ ـ ٣٨٥. حيث قال فيها: «إلّا أن يبدأ بالدراهم».

لتصريحه بها، وما بعدها من المال أمر لازم للكفالة؛ لما تقدّم من أنّ مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به. وأمّا الثانية فإنّها تشتمل على ضمان معلّق على شرط والشرط متأخّر، فهي إمّا مبنيّة على جواز الضمان المعلّق على شرط، أو أنّ الضمان تمّ بقوله: عليَّ كذا، والشرط بعده منافٍ له، فلا يلتفت إليه؛ لأنّه كتعقيب الإقرار بالمنافي»[1].

إذ لا يخفى عليك ما فيه أيضاً، فإنّه ـ مع ابتنائه على إرادة خصوص ↑
ما على المكفول من المال ـ لا وجه للحكم بصحّة الضمان المعلّق ج ٢٦ / ١٩٥
عندنا، كما أنّه لا وجه لقياس ذلك على تعقيب الإقرار بالمنافي.

وأولى أيضاً ممّا في المسالك، فإنّه ـ بعد أن أطنب في ذكر وجوه الفرق وإفسادها ـ قال: «إذا تقرّر ذلك فنقول: الذي يقتضيه ظاهر الرواية أنّ الكفالة وقعت بصيغة تامّة في الموضعين وتعقّبها ما ذكر من الاشتراط، بدليل قوله: (رجل تكفّل بنفس رجل). ثمّ قسّمها إلى القسمين، فإنّ التكفّل إذا أُطلق يحمل على معناه الشرعي، وإنّما يتمّ بذكر لفظ يوجبه».

«وقوله بعده: (فإن لم...) إلى آخره إمّا أن يحمل على كون المكنّى عنه هو الحقّ المكفول لأجله، عملاً بقرينة مقتضيات الكفالة. وحينئذٍ فلا إشكال في الأُولى؛ لأنّه يصير كفيلاً، وما ذكر بعد الكفالة غير منافٍ».

---

(١) التنقيح الرائع: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٩٧ ـ ١٩٨ (بتصرّف ناشئ من نقل المطلب من مفتاح الكرامة الذي لخّص المطلب كما هنا).

«ثمّ إن عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال أيضاً إن لم يأت به إلى الأجل، وحينئذٍ فلا فرق بين الصيغتين؛ لاتّحاد الحكم فيهما، ويكون الاستثناء منقطعاً؛ إذ لم يحصل به إخراج، فكأنّه بيّن أنّ الحكم كذا إن قدّم الدراهم أو أخّرها، وبقي قوله في الرواية الثانية: (عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم) ناظراً إلى نفس حكم الكفالة، لا إلى ما يترتّب عليها عند الإخلال بالإحضار. وإن لم نعمل بمفهوم الشرط أشكل الفرق بين المقامين بما تقدّم».

«وإمّا أن يحمل المال الملتزم على ما هو أعمّ من الحقّ، فيكون على سبيل الجعالة، فيلزمه ما التزمه إن لم يأت به في الموضعين، بإعمال مفهوم الشرط في الأُولى، وللتصريح في الثانية. ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص والزوجيّة».

«ثمّ على تقدير كون المال مجانساً للمكفول لأجله ينبغي الحكم باحتسابه؛ نظراً إلى اقتضاء الكفالة ذلك، ولو كان مخالفاً احتمل ردّه إليه بالقيمة أيضاً. وإن لم تكن الكفالة لأجل مال فهو التزام وتبرّع محض، وإطلاق الرواية يقتضي صحّته».

«وعلى ما قرّرناه فمخالفة الرواية للأُصول ليست كثيرة عند إطلاقها، ولو خصّصناها بالمال المقصود حصل المقصود، وإن بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة؛ حيث اتّحد الحكم في المسألتين مع كونه قد ردّد بينهما، إلاّ أنّه أسهل من مخالفة الأُصول بغير موجب».

«ومع هذا فإثبات الأحكام الخارجة على تقدير العمل بإطلاقها لا يخلو من بعد؛ لقصور الرواية عن إثبات مثل هذه الأحكام». ج ٢٦ / ١٩٦

«ولقد كنّا في سعة من هذا الاختلاف لو اطّرحنا أمثال هذه الروايات التي هي من شواذّ الآحاد»[١] انتهى.

إلّا أنّه ـ كما ترى ـ من غرائب الكلام، بل لا يستأهل ردّاً. ولعلّ الذي أوقعه في ذلك إساءته الأدب في هذه المسألة مع الشيخ الذي به حفظ الحلال والحرام، وما كنّا لنؤثر أن يقع هذا منه أو ذلك من مثله، والله الموفّق والمؤيّد والمسدّد.

وقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا: أنّ نظر الجميع في هذا الحكم إلى الخبرين المزبورين اللذين يغلب الظنّ بإرادة ما ذكرناه منهما، ويتبعه حينئذٍ الظنّ بضعف الفتوى بخلافه، المعلوم كون منشئها الفهم من البدأة المذكورة في الخبر بيان الفرق بالتقدّم والتأخّر، والاختلال في الخبر المروي في التهذيب[٢].

ومن ذلك يضعف الظنّ بصواب الإجماع المحكي المحتمل لإرادة: اتّفاق المتعرّضين لهذا الحكم من الأصحاب الذين يجوز الوهم عليهم في الخبرين المزبورين؛ فصار منشأً للحكم المزبور، المستبعد بناؤه على التعبّد المحض، فلاحظ وتأمّل، هذا.

وفي المختلف ـ بعد أن حكى عن الشيخ والجماعة ما سمعت ـ قال:

---

(١) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

(٢) تقدّم مصدره عند نقل الخبر.

«وعندي في هذه المسألة نظر». ثمّ حكى عن ابن الجنيد أنّه «إذا قال الكفيل لطالب الحقّ: ما لك على فلان فهو عليَّ دونه إلى يوم كذا وأنا كفيل لك بنفسه، صحّ الضمان على الكفيل بالنفس والمال إن لم يؤدّه المطلوب إلى الطالب إلى ذلك الأجل، وسواء قال له عند الضمان: إن لم يأتك به أو لم يقل له ذلك».

«فإن قدّم الكفالة بالنفس وقال: أنا كفيل لك بنفس فلان إلى يوم كذا فإن جاءك بمالك عليه ـ وهو ألف درهم ـ وإلّا فأنا ضامن للألف، صحّت الكفالة بالنفس وبطل الضمان للمال؛ لأنّ ذلك كالقمار والمخاطرة، وهو كقول القائل: إن طلعت الشمس فمالك على فلان غريمك ـ وهو ألف درهم ـ عليَّ، الذي قد أُجمع على أنّ الضمان لذلك باطل». ثمّ قال: «وقول ابن الجنيد أنسب»[1].

ولكن لا يخفى عليك: أنّه قريب ـ أيضاً ـ من قول الجماعة عند التأمّل.

﴿ومن أطلق غريماً من يد صاحب الحقّ﴾ أو وكيله ﴿قهراً ضمن إحضاره أو أداء ما عليه﴾ كما صرّح به غير واحد[2]، بل في ↑ ج ٢٦ / ١٩٧
الرياض: نفي الخلاف فيه على الظاهر[3]، بل عن الصيمري: الإجماع

---

(١) مختلف الشيعة: الديون / في الكفالة ج ٦ ص ١٦ ـ ١٧.

(٢) كابن حمزة في الوسيلة: بيان الكفالة ص ٢٨٢. والماتن في المختصر النافع: الضمان / في الكفالة ص ١٤٣. والعلّامة في التحرير: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩. والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الكفالة ج ٤ ص ١٥٧.

(٣) رياض المسائل: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٢٩٧.

عليه[١].

لقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»[٢].

وفحوى ما تسمعه في القاتل.

ولما في المسالك[٣] ومحكيّ التذكرة[٤] وغيرها[٥] من أنّه «غصب اليد المستولية المستحقّة من صاحبها، فكان عليه إعادتها أو أداء الحقّ الذي بسببه ثبتت اليد عليه». وإن كان هو كما ترى إن لم يرجع إلى ما ذكرنا، أو إلى وجهه، أو إلى دعوى شمول: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٦] لمثل ذلك.

ولكن لا يخفى عليك: أنّ مدرك الحكم إن كان ذلك ونحوه ينبغي عدم الفرق فيه بين الصبي والمجنون وغيرهما، ولعلّ ذلك هو مقتضى ما في المتن وغيره[٧] من التعبير بـ«من أطلق» الشامل لذلك، نحو غيره من خطاب الأسباب.

إلّا أنّ الإنصاف: عدم تنقيح في كلامهم لمثل ذلك، كعدمه بالنسبة إلى غير ذلك من تفويت استيفاء الحقّ بتخويف ونحوه. وينبغي

---

(١) غاية المرام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٢١٦.

(٢) تقدّم في ص ٣٨١.

(٣) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤١٨.

(٥) كجامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٤.

(٦) انظر هامش (٢) من ص ٣٠٩.

(٧) كتحرير الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩، وكفاية الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٦٠١، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٣٨ ج ٣ ص ١٥٣.

الاقتصار على محلّ اليقين أو ما كان في حكمه ـ ولو بظاهر الدليل المعتبر ـ فيما خالف أصل البراءة وغيرها .

ثمّ لا يخفى عليك : أنّ الحكم المزبور لمّا كان ذلك لازم الكفالة أُطلق عليه اسمها ، وإلّا فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعاً ؛ ضرورة عدم العقد فيه .

والظاهر كون التخيير المزبور على نحو ما سمعته في الكفالة ؛ بمعنى : أنّ له التبرّع بالأداء فداءً عن الإلزام بالإحضار ، ويُلزم المستحقّ بالقبول وليس له اقتراح الإحضار ، فإنّ الضرر ينجبر بذلك ، أو مع التراضي .

لكن في المسالك : «ينبغي أن يكون الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول ، يطالب بالتسليم مع الإمكان ، لا أن يفوّض التخيير إليه»[1] .

وفيه : أنّه لا دليل على ذلك ، بل أصل البراءة يقتضي خلافه ، وخبر القاتل إنّما هو في العمد الذي كان الحقّ فيه القصاص ، وقاعدة الضرر لا تقتضي أزيد من التخيير المزبور ، ومن هنا لم أجد غيره ممّن تقدّم عليه ذكر ذلك هنا ، حتّى ممّن عيّن الإحضار في الكفالة .

نعم ليس له الرجوع عليه بما أدّى إذا لم يكن الأداء بإذنه ، كما ↑ ج ٢٦ / ١٩٨
صرّح به غير واحد[2] ؛ للأصل وغيره .

---

(١) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٥.

(٢) كالشهيد الثاني في الروضة: كتاب الكفالة ج ٤ ص ١٥٧ ـ ١٥٨. والطباطبائي في ←

لكن قد يقال: بالرجوع إذا كان الإطلاق بالإذن؛ لقاعدة «لا ضرر»[١]، واحترام مال المسلم[٢]، والإحسان[٣]، وكون الإذن في الملزوم إذناً في اللازم... ونحو ذلك.

بل في محكيّ التذكرة: «ولو تعذّر عليه استيفاء الحقّ من قصاص أو مال وأخذ المال من الكفيل، كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلّصه قصاصاً»[٤]. ويمكن إرادته ما ذكرنا.

ولو أطلقه من يد الكفيل الذي كان له الرجوع عليه بأدائه عنه، ضمن أيضاً إحضاره أو أداء ما عليه على الوجه المزبور، بل لو أطلقه منه قبل أدائه عنه فكذلك أيضاً.

﴿ولو كان﴾ المطلق ـ بالفتح ـ قهراً ﴿قاتلاً﴾ عمداً ﴿لزمه إحضاره أو دفع الدية﴾ مع التعذّر ولو بموت، بلا خلاف أجده فيه أيضاً[٥]، بل عن الصيمري: الإجماع عليه[٦].

للصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام: «سألته عن رجل قتل

← الرياض: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٢٩٧. والعاملي في مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٦٠٦.

(١) تقدّم في ص ٣٨١.

(٢) تقدّم في ص ٣٨١.

(٣) سورة التوبة: الآية ٩١.

(٤) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤١٩.

(٥) كما في رياض المسائل: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٢٩٧، ونسبه إلى الأصحاب بصيغة «قالوا» في الحدائق الناضرة: الكفالة / الموضع الخامس ج ٢١ ص ٧٢.

(٦) غاية المرام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٢١٦.

رجلاً عمداً، فرفع إلى الوالي، فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلّصوا القاتل من أيدي الأولياء؟ فقال: أرى أن يحبس الذين خلّصوا القاتل من أيدي الأولياء حتّى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات القاتل وهم في السجن؟ قال: فإن مات فعليهم الدية يؤدّونها جميعاً إلى أولياء المقتول»[١].

ومنه يعلم: إرادة ذلك من التخيير المزبور في المتن وغيره[٢]، نعم لو كان القتل موجباً للدية على المطلق اتّجه التخيير المزبور على الوجه الذي تقدّم.

ولو هرب القاتل عمداً واستمرّ، فأُخذت الدية من المطلق، ثمّ تمكّن الولي منه، ردّها إلى صاحبها وإن لم يقتصّ منه؛ لأنّ وجوبها قد كان للحيلولة المفروض زوالها، وعدم القتل مستند إلى اختيار المستحقّ.

لكن في محكيّ التحرير: «إذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الأولياء؟ فيه إشكال، وهل له إلزامه بما أدّى على تقدير انتفاء جواز قتله؟ فيه نظر»[٣].

وفيه ما لا يخفى بعد فرض كون الدفع الأوّل للحيلولة لا لإسقاط

---

(١) الكافي: الديات / باب الرجل يخلّص من وجب عليه القود ح ١ ج ٧ ص ٢٨٦. وسائل الشيعة: باب ١٥ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٣٧.

(٢) كالمختصر النافع: الضمان / في الكفالة ص ١٤٣، وإرشاد الأذهان: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.

(٣) تحرير الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.

الحقّ، وإلّا لم يكن لهم قتله، بل ولا رجوع عليه بما أدّى إلّا مع الإذن في الإطلاق، فإنّ فيه حينئذٍ ما عرفت.

وإلى ذلك يرجع ما في القواعد: «ولو كان قاتلاً لزمه الإحضار أو الدية، فإن دفعها ثمّ حضر الغريم تسلّط الوارث على قتله، فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتل، ولا يتسلّط الكفيل ـ لو رضي هو والوارث بالمدفوع ـ على المكفول بدية ولا قصاص»[١]، والله العالم. ↑ ج ٢٦ / ١٩٩

﴿ولابدّ من كون المكفول معيّناً﴾ كما صرّح به الفاضل[٢] وغيره[٣] ﴿فلو قال: كفلت أحد هذين لم يصحّ. وكذا لو قال: كفلت بزيد أو عمرو﴾ لم يصحّ أيضاً ﴿وكذا لو قال: كفلت بزيد فإن لم آت به فبعمرو﴾.

بل في الثالث: التعليق، وهو مانع من صحّة الكفالة؛ لما عرفته غير مرّة من منافاته للتسبيب الظاهر من الأدلّة، فإشكال الفاضل فيه في القواعد[٤] في غير محلّه. وفيه أيضاً: اشتراط ما يعود على الكفالة بالنقض، فلا إشكال في بطلانه.

---

(١) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الكفيل والمكفول ج ١٤ ص ٣٩٤، إرشاد الأذهان: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣، تحرير الأحكام: (انظر الهامش قبل السابق)، قواعد الأحكام: (الهامش السابق: ص ١٦٧)، تبصرة المتعلّمين: الديون / في الضمان ص ١١٦.

(٣) كالكركي في جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٥، والشهيد الثاني في المسالك: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٦.

(٤) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٧.

كما لا إشكال في البطلان في السابقين مع إرادة الإبهام المانع من تعلّق العقد ؛ لعدم المورد له . أمّا الإبهام التخييري فظاهر المصنّف وغيره[١] منعه أيضاً .

لكن قد يناقش : بأنّ مقتضى الإطلاقات جوازه بعد عدم ما يقتضي عدم قابليّة حقّ الكفالة لذلك ، فيصحّ حينئذٍ ويبرأ بتسليم أحدهما ، ويحبس إلى أن يحضر أحدهما أو يؤدّي عنه .

ولعلّه في هذا القسم توقّف الأردبيلي في المحكي عنه[٢]، وهو في محلّه إلّا أن يثبت ما يقتضي عدم قابليّة حقّ الكفالة لذلك ، وأنّه كالملك الذي لا يقبل مثل هذا .

﴿ويلحق بهذا الباب مسائل﴾

﴿الأُولى﴾

قال في محكيّ المبسوط[٣]: ﴿إذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب﴾ على المكفول له ﴿تسلّمه إذا كان لا ضرر عليه﴾ وكذا غير المكان المشترط . ونحوه عن القاضي[٤].

﴿و﴾ لكن ﴿لو قيل: لا يجب كان أشبه﴾ بأُصول المذهب

---

(١) كالعلّامة في التحرير: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩ ـ ٥٧٠، والكركي في جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٥ ـ ٣٨٦.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٣١٧.

(٣) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٢٣٨.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: الديون / في الكفالة ج ٦ ص ١٣.

وقواعده، المقتضية عدم وجوب قبول غير الحقّ، بل لعلّ مصلحة الأجل والمكان مشتركة بينهما، واختاره الفاضل[١] وغيره[٢].

وهو جيّد حيث يكون اشتراط الأجل والمكان حقّاً لهما، أمّا إذا كان حقّاً للكفيل وأراد إسقاطه كان الأجود الأوّل، كما تقدّم نظيره في الدين المؤجّل، ولعلّه إلى ذلك نظر الشيخ.

﴿ولو سلّمه وكان ممنوعاً من تسلّمه بيد قاهرة﴾ مثلاً ﴿لم يبرأ الكفيل﴾ لعدم التسليم التامّ الواجب عليه بانصراف إطلاق الأدلّة إليه. ↑ ج ٢٦ / ٢٠٠

﴿ولو كان﴾ المكفول ﴿محبوساً في حبس الحاكم﴾ العادل ﴿وجب تسلّمه؛ لأنّه متمكّن من استيفاء حقّه﴾ منه، ضرورة أنّه برفع أمره إليه يخرجه من الحبس أو يطالبه وهو فيه فينهي أمره معه ولو بأن يحبسه على الحقّين معاً.

﴿وليس كذلك لو كان في حبس ظالم﴾ لغلبة عدم التمكّن من استيفاء الحقّ معه، ولو فرض إمكانه وجب تسلّمه، كما أنّه لو فرض عدم إمكانه في الأوّل لم يجب تسلّمه وإن كان في حبس عادل، كما هو واضح.

---

(١) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٨، تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤١٠، مختلف الشيعة: (انظر الهامش السابق).

(٢) كالفخر في الإيضاح: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٠٠، والكركي في جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩١ ـ ٣٩٢، والشهيد الثاني في المسالك: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٦.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا كان المكفول عنه غائباً﴾ في مكان معلوم متجاوز مسافة القصر[١] ﴿وكانت الكفالة حالّة﴾ وطلبه منه المكفول له ﴿اُنظِر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به. وكذا لو[٢] كانت مؤجّلة﴾ وطلبه منه ﴿اُخّر بعد حلولها﴾ وطلبه منه ﴿بمقدار ذلك﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك[٣]، بل عن التذكرة: «عليه عامّة أهل العلم»[٤]؛ ضرورة اقتضاء وجوب الإحضار ـ الذي هو مقتضى الكفالة ـ ذلك، وإلّا كان تكليفاً بغير المقدور.

نعم، في المسالك[٥] ومحكيّ التذكرة[٦] ومجمع البرهان[٧]: «إنّما يجب عليه الإحضار عند إمكانه، أمّا إذا لم يمكن ـ كما إذا غاب غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا خبر ـ لم يكلّف إحضاره؛ لعدم الإمكان، ولا شيء عليه؛ لأنّه لم يكفل المال» بل قيل: «إنّه ظاهر الباقين

---

(١) ذكر العلّامة والشهيد الثاني وغيرهما أنّه لافرق في الغائب المعلوم محلّه بين المتجاوز لمسافة القصر وغيره، ونسبوا الخلاف إلى بعض العامّة.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: إن.

(٣) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٧، وتحريرالأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٨، وكفاية الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٦٠٢، والحدائق الناضرة: الكفالة / الموضع التاسع ج ٢١ ص ٧٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤٠٩.

(٥) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

(٦) المصدر قبل السابق.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الحوالة ج ٩ ص ٣٢٧.

أيضاً»[١].

لكن في القواعد: «لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة، فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره، مع احتمال براءته، ويحتمل الصبر»[٢].

وعن جامع المقاصد: «إنّ الأوّل أصحّ؛ لأنّ مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ ـ وهو المسقط للحقّ ـ أو موت المكفول، وأنّ الكفيل وثيقة على الحقّ كالرهن، فإذا تعذّر استيفاء الحقّ من جهة من عليه استوفي من الوثيقة[٣]»[٤].

وهذا وإن كان مبنيّاً على اقتضائها التخيير مطلقاً ـ الذي قد عرفت البحث فيه ـ أو أداء المال عند تعذّر الإحضار الذي قد ذكروه في رجوع الكفيل على المكفول إذا أدّى، لكن قد يقال ـ على القول بانحصار مقتضاها في الإحضار ـ بعدم اعتبار إمكانه له، بعد أن كان في حدّ ذاته ↑
من الممكنات؛ لأنّه هو الذي أوقع نفسه في ذلك، فيكلّف به ويحبس ج ٢٦ / ٢٠١
عليه، ولو لأن يفدي نفسه بأداء ما عليه ليتخلّص من ذلك، كما هو مقتضى النصوص في حبسه.

ومن ذلك يظهر الحال فيما لو فرّط الكفيل في إحضاره بعد مطالبة

---

(١) مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٥٩٠.

(٢) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٧٠.

(٣) قوله: «وأنّ الكفيل ...» إلى آخره مأخوذ من مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٦٢٣.

(٤) جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٩.

المكفول له وكان متمكّناً منه فهرب أو غاب غيبة منقطعة على وجهٍ تعذّر إحضاره، أو هرّبه هو؛ ضرورة أولويّة لزومه بالمال. وإن حكي عن التذكرة: وجوب المال إن أوجبناه بها، وإلّا فإشكال[١]، ونحوه في جامع المقاصد[٢].

ولو كان غائباً حين كفل فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة.

وعن جامع المقاصد: «لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه، أو في حبس ظالم لا يمكن تخليصه، وجب الصبر إلى زمان إمكان إحضاره، ولو رجا تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه، ولو احتاج إلى بذل مال فإشكال»[٣].

وكأنّه منافٍ لما سمعته منه سابقاً، والتحقيق في ذلك كلّه ما عرفت.

المسألة ﴿الثالثة﴾

ذكر غير واحد من الأصحاب[٤] بل لا أجد فيه خلافاً[٥]: أنّه ﴿إذا تكفّل بتسليمه مطلقاً انصرف إلى بلد العقد﴾.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤١١.

(٢) المصدر قبل السابق: ص ٤٠٠.

(٣) المصدر السابق.

(٤) كالشيخ في المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٨، والعلّامة في التحرير: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٨، والكركي في جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٩ ـ ٣٩٠.

(٥) انظر عبارة المسالك الآتية.

وهو إن سلّم ففيما إذا كان العقد في بلد المكفول له أو بلد قراره، أمّا إذا كان في برّيّة أو بلد غربة قصدهما مفارقته سريعاً ـ بحيث تدلّ القرائن على عدم إرادته ـ ففي المسالك: «أشكل انصراف الإطلاق إليه، وقد تقدّم الكلام على نظيره في السلم، إلاّ أنّهم لم يذكروا هنا خلافاً»(١).

وفيه: أنّ ذلك ليس محلّ شكّ، ولا يحتمل إرادتهم؛ إذ الفرض حصول القرائن الدالّة على عدم إرادته.

نعم، قد يشكّ فيما إذا لم تكن قرينة حتّى إذا كان بلد العاقد، وقد تقدّم الكلام سابقاً على نحو ذلك في كتاب السلم(٢) وغيره(٣).

وعلى كلّ حال، فلا إشكال ﴿و﴾ لا خلاف(٤) في أنّه ﴿إن عيّن موضعاً(٥) لزم﴾ لقاعدة «المؤمنون ...»(٦) وغيرها ﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو دفعه في غيره لم يبرأ﴾ إذا لم يتسلّمه المكفول له برضا منه؛ لعدم كونه تسليماً تامّاً.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ والقاضي كما عرفت: ﴿إذا لم يكن في

---

(١) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٨.

(٢) في ج ٢٥ ص ٦١٠...

(٣) انظر ج ٢٤ ص ٣٤٢.

(٤) انظر هامش (٤) من الصفحة السابقة.

(٥) في نسخة الشرائع: موضعها.

(٦) تقدّم في ص ٢٣٩.

نقله كلفة ولا في تسلّمه ضرر وجب تسلّمه﴾ .

﴿وفيه تردّد﴾ بل منع، إلّا على ما سمعته في الأجل فيما إذا فرض ج ٢٦ / ٢٠٢
كون مصلحة الشرط للكفيل وقد أسقطها .

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿لو اتّفقا﴾ أي الكفيل والمكفول له ﴿على﴾ وقوع ﴿الكفالة، و﴾ لكن ﴿قال الكفيل: لا حقّ لك﴾ الآن ﴿عليه﴾ لأداء أو إبراء أو غيرهما، كان القول قول المكفول له بيمينه؛ لأصالة بقاء الحقّ. وكذا لو قال له: لا حقّ لك حال الكفالة ولو دعوى ﴿كان القول﴾ أيضاً ﴿قول المكفول له﴾ .

بلا خلاف أجده فيه[1] ﴿لأنّ﴾ الاعتراف من الكفيل بوقوع ﴿الكفالة تستدعي ثبوت حقّ﴾ فيكون هو مدّعي الفساد والمكفول له مدّعي الصحّة، ولا ريب في أنّ القول قول مدّعي الصحّة؛ لأصالتها .

بل عن مجمع البرهان: «إنّ القول قوله بلا يمين»[2]. وإن كان هو خلاف ما صرّح به غيره من دون خلاف[3]، بل خلاف قوله صلى الله عليه وآله: «البيّنة

---

(١) صرّح بهذا القول في المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٩، والسرائر: الديون / الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٧٨، وتحرير الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٧١، وكفاية الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٦٠٢.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٣٢٨.

(٣) انظر الهامش قبل السابق، وجامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٥، ومسالك الأفهام: (انظر الهامش بعد اللاحق).

على المدّعي واليمين على من أنكر»[١].

وعلى هذا، فإذا حلف المكفول له وتعذّر على الكفيل إحضار الغريم، فهل يجب عليه أداء المال من غير بيّنة؟ احتمله في المسالك[٢] ومحكيّ التذكرة[٣].

ولكنّه واضح الفساد؛ ضرورة أعمّيّة ثبوت صحّة الكفالة من ثبوت الحقّ على المكفول.

نعم، لو أقام المدّعي البيّنة بالحقّ، كان له إغرام الكفيل على الوجه الذي تقدّم سابقاً، لكن لا يرجع به هنا على المكفول؛ لاعترافه بعدم كونه كفيلاً شرعاً عنه وأنّه مظلوم.

ولكن إذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له أمكن الرجوع بما أغرمه على ما في ذمّة المكفول مقاصّةً؛ لأنّه قد صار عوضاً عمّا أدّاه، أمّا لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعاً، كما هو واضح.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا تكفّل رجلان﴾ مثلاً دفعةً أو مرتّباً ﴿برجل، فسلّمه

---

(١) عوالي اللآلي: ح ١٧٢ ج ١ ص ٢٤٤. مستدرك الوسائل: باب ٣ من أبواب كيفيّة الحكم ح ٤ ج ١٧ ص ٣٦٨. كنزالعمّال: ح ١٥٢٩٧ ج ٦ ص ١٩٠. كشف الخفاء: ح ٩٢٥ ج ١ ص ٢٨٩. الجامع الصغير: ح ٣٢٢٦ ج ١ ص ٤٩٦. سنن الدارقطني: ح ٥٢ ج ٤ ص ٢١٨. معرفة السنن والآثار: ح ٥١٨٥ ج ٦ ص ٤٢١. سنن البيهقي: ج ١٠ ص ٢٥٢.

(٢) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٤٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الأحكام ج ١٤ ص ٤١٩.

أحدهما، لم يبرأ الآخر﴾ عند الشيخ[١] وابن حمزة[٢] والقاضي[٣] فيما حكي عنهم، فإذا هرب منه حينئذٍ كان له الرجوع على الثاني؛ للأصل، وكون الكفيلين كالرهنين اللذين إذا فكّ أحدهما لم يفكّ الآخر.

﴿و﴾ لكن ﴿لو قيل بالبراءة﴾ لـ﴿كان حسناً﴾ بل في القواعد[٤] وغيرها من كتب الجماعة[٥]: أنّه الأقرب؛ لأنّ المقصود تسلّمه وقد حصل، حتّى لو سلّم نفسه أو سلّمه أجنبي برئ؛ لحصول الغرض.

ج ٢٦ / ٢٠٣ والظاهر أنّ محلّ البحث: في التسليم عن نفسه، أمّا لو قصد التسليم عن صاحبه فلا إشكال في براءة صاحبه، وإن بقي هو عند الشيخ[٦].

وعلى كلّ حال، فما ذكره المصنّف والجماعة جيّد إن كان المراد من كفالتهما: الإحضار الواحد ولو على وجهٍ يكونان معاً كفيلاً، فإنّه لا إشكال في براءة كلّ منهما بأدائهما معاً دفعةً وبأداء كلّ واحد منهما.

أمّا إذا كان المراد من كفالة كلّ واحد منهما: الاستقلال على وجهٍ لو أسقط المكفول له حقّ الكفالة من أحدهما ـ بإقالة ونحوها ـ لم يسقط عن الآخر، فلا يخلو كلام الشيخ من قوّة حينئذٍ، إلّا إذا قصد تسليمه

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٩.

(٢) الوسيلة: بيان الكفالة ص ٢٨١.

(٣) جواهر الفقه: مسألة ٢٦٩ ص ٧١ ـ ٧٢.

(٤) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٩.

(٥) كإيضاح الفوائد: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٠١، وجامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٦، والروضة البهيّة: كتاب الكفالة ج ٤ ص ١٦٢.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً.

عن صاحبه فإنّه يبرأ صاحبه ، ولكن هو لا يبرأ كما عرفته سابقاً .

والظاهر : تعدّد الحقّ بتعدّد الكفيل إذا لم تكن قرينة على إرادة الأوّل ، ودعوى اتّحاد حقّ الإحضار لا يقتضي عدم تعدّد استحقاقه من وجوه عديدة .

﴿ولو تكفّل لرجلين برجل، ثمّ سلّمه إلى أحدهما، لم يبرأ من الآخر﴾ بلا خلاف[١] ولا إشكال ، بل قيل : «إنّه كذلك عند العامّة فضلاً عن الخاصّة»[٢] .

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا مات المكفول برئ الكفيل﴾ على المشهور كما عن التنقيح[٣] ، بل في الرياض : نفي الخلاف فيه[٤] ، بل في محكيّ التذكرة : «بطلت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا»[٥] ، بل عن الغنية : الإجماع عليه[٦] .

---

(١) ممّن ذهب إلى ذلك: الشيخ في المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٤٠، والعلّامة في الإرشاد: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣، والشهيد في اللمعة: كتاب الكفالة ص ١٤٧، والأردبيلي في مجمع البرهان: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٣٢٧، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١٠٣٧ ج ٣ ص ١٥٣.

(٢) مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٦١٥.

(٣) التنقيح الرائع: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٩٨.

(٤) رياض المسائل: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٢٩٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الكفيل والمكفول ج ١٤ ص ٤٠٧.

(٦) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٢.

قيل: «لأنّه تكفّل ببدنه على أن يحضره وقد فات بالموت، ولأنّه قد سقط الحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل»[١]. وفيهما ما لا يخفى.

نعم، قد يقال[٢]: إنّ المتبادر إنّما هو الإحضار حال الحياة، وإنّ ذلك هو المتعارف بين الناس، فيحمل الإطلاق عليه. أو لمعلوميّة كون المراد من الكفالة الإحضار مقدّمةً لتحصيل الحقّ المعلوم انتفاؤه بالموت، بل قد يدّعى بناء شرعيّتها في مثل ذلك على ذلك؛ بحيث لو صرّح بخلافه لم تصحّ.

ومن ذلك يحتمل: إلحاق غير الموت به إذا كان بحيث يخرج عن قابليّة تحصيل الحقّ منه بجنون ونحوه، هذا.

ولكن في المسالك: «يمكن الفرق بين أن يكون قد قال في عقد الكفالة: كفلت لك حضور بدنه، أو حضور نفسه، أو حضوره، فيجب في الأوّل إحضاره ميّتاً إن طلبه منه، وإلّا فلا. ويبنى الثاني على أنّ الإنسان ما هو؟ فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك، وإلّا فلا»[٣]. ↑ ج ٢٦ / ٢٠٤

وفيه ما لا يخفى بعد ما عرفت من بناء شرعيّة الكفالة في تحصيل الحقّ على ذلك، فلا مدخليّة للعبارة حينئذٍ.

نعم، لو كان المراد منها الشهادة على عينه وصورته، اتّجه حينئذٍ

---

(١) تذكرة الفقهاء: (انظر الهامش قبل السابق: ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨)، مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٥٨٥.

(٢) كما في جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٠، ومسالك الأفهام: (انظر الهامش اللاحق)، ومفتاح الكرامة: (انظرها في الهامش السابق).

(٣) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٥٠.

صحّتها والإلزام بإحضاره ميّتاً، بناءً على صحّة الكفالة في ذلك كما سمعته سابقاً من الفاضل في القواعد[١]. ولعلّه لذا قيّد الحكم المزبور هنا في القواعد بغير الشهادة على عينه[٢].

بل في المسالك[٣] ـ تبعاً للمحقّق الثاني[٤] ـ: عدم الفرق في ذلك بين كونه قد دفن أو لا؛ لأنّ ذلك مستثنى من حرمة نبشه، سواء قلنا بجوازه للمال وعدمه.

ولو فرض تغيّره على وجهٍ لا يمكن الشهادة على عينه لم يجز إحضاره؛ لانتفاء الغرض حينئذٍ.

وبذلك يظهر لك النظر فيما في القواعد: من خروج الكفيل على إحضاره للشهادة على عينه عن العهدة بالدفن إن حرّمنا النبش لأخذ المال[٥].

ضرورة عدم تفريع ذلك عليه؛ فإنّ الشهادة على عينه من مستثنيات النبش سواء قلنا بجوازه لأخذ المال وعدمه، وقد تقدّم في كتاب الجنائز البحث عن هذه المسائل[٦]، ولو أنّه بناه على جواز نبشه للشهادة على عينه كان أولى.

---

(١) تقدّمت عبارته في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٢) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٨.

(٣) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

(٤) جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٠.

(٥) تقدّم المصدر آنفاً.

(٦) تقدّم ذلك في ج ٤ ص ٦١٥ فما بعدها.

كما أنّه لا يخفى عليك النظر في أصل صحّة الكفالة في ذلك ؛ للشكّ في تناول أدلّتها لمثله .

ولو كان موته بعد مماطلة الكفيل بإحضاره ، فقد يظهر من إطلاقهم اتّحاده في الحكم ، لكن لا يخلو من نظر .

بل لولا الإجماع المزبور لم يخل أصل الحكم من نظر ، بناءً على اقتضاء الكفالة التخيير بين الإحضار والمال ، فإنّه إذا تعذّر الأوّل يبقى الآخر ، فتأمّل جيّداً .

هذا كلّه في موت المكفول .

أمّا موت الكفيل فلا إشكال في بطلان الكفالة حينئذٍ ، بخلاف موت المكفول له ، فإنّ الحقّ ينتقل إلى وارثه ؛ لعموم أدلّة الإرث بعد أصالة بقاء الحقّ .

بل قد ذكرنا سابقاً في الحوالة[١] احتمال انتقال حقّ الكفالة بانتقال الدين ببيع أو حوالة ونحوهما ، وإن صرّح الفاضل في القواعد[٢] وبعض شرّاح كلامه[٣] بعدم انتقاله ، كما ذكرنا ذلك سابقاً .

﴿وكذا﴾ يبرأ الكفيل ﴿لو جاء المكفول وسلّم نفسه﴾ للمكفول ↑
ج ٢٦ / ٢٠٥ له عن الكفيل تسليماً تامّاً ـ أو سلّمه أجنبي عنه كذلك ـ وقبل المكفول له بذلك ؛ لحصول الغرض وعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل ؛ إذ ليس هذا الحقّ أعظم من الدين .

(١ ـ ٣) تقدّمت في ص ٣٦٢.

بل لا يبعد وجوب القبول عليه ؛ لنحو ما سمعته منّا في دفع الدين من المتبرّع ، كما عن الأردبيلي التصريح به هنا[١]، بل لعلّه ظاهر المتن وغيره[٢] عدا الفاضل في محكيّ التذكرة[٣] وبعض من تبعه[٤]، فإنّه صرّح بعدم وجوب القبول عليه ، إلّا أن يكون عن إذن الكفيل ؛ لعدم وجوب قبض الحقّ إلّا ممّن عليه . وفيه نظر .

ولو سلّم نفسه أو الأجنبي لا عن الكفيل ، ففي موضع من محكيّ التذكرة : عدم البراءة[٥]. وعن موضع آخر منها : إطلاق البراءة[٦]، واستجوده في المسالك[٧]. ولكن لا يخلو من إشكال ، كما عرفته سابقاً في كفالة الاثنين .

﴿فرع﴾ :

﴿لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له، كان القول قوله﴾ مع يمينه ؛ لأصالة بقاء الحقّ بعد اعترافه بثبوته سابقاً ، كما هو مقتضى دعوى الإبراء .

﴿فلو ردّ اليمين على[٨] الكفيل فحلف، برئ من﴾ حقّ ﴿الكفالة،

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٣٢٠.

(٢) كتحريرالأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في الكفيل والمكفول ج ١٤ ص ٤٠٥.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩١.

(٥ و٦) الهامش قبل السابق.

(٧) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٥١.

(٨) في نسختي الشرائع والمسالك: إلى.

و﴾ لكن ﴿لم يبرأ المكفول من المال﴾ بيمين غيره. فالدعوى بينه وبين المكفول مستقلّة، فله اليمين على المكفول له لو ادّعى عليه الإبراء، ولا يكتفى باليمين التي حلفها للكفيل، كما أنّ له ردّ اليمين على المكفول، فإذا حلف برئ حينئذٍ.

نعم، لو فرض سبق دعوى الإبراء من المكفول فحلف اليمين المردودة برئ هو وكفيله، وإن كان قد حلف المستحقّ أوّلاً للكفيل على عدم الإبراء؛ لسقوط الحقّ بيمين المكفول، فتسقط الكفالة كما لو أدّى الحقّ.

وعدم بناء أحد منهم الحكم في شيء من ذلك هنا على كون اليمين المردودة كالبيّنة أو الإقرار، يقتضي كونها أصلاً برأسه.

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء[1] صحّ﴾ بلا خلاف[2] ولا إشكال؛ لوجود مقتضي الكفالة.

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: الكفالات.

(٢) صرّح بظهور الاتّفاق في المناهل: كتاب الكفالة ص ١٧٩، ونسبه إلى الأصحاب في الحدائق الناضرة: الكفالة / الموضع الثالث عشر ج ٢١ ص ٨٠.

وممّن تطرّق للحكم: الشيخ في المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٤٠، وابن حمزة في الوسيلة: بيان الكفالة ص ٢٨١، والعلّامة في الإرشاد: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣، والأردبيلي في مجمع البرهان: الضمان / في الكفالة ج ٩ ص ٣١٩، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١٠٣٧ ج ٣ ص ١٥٣.

ولو أقال المستحقّ الكفيل الأوّل برئوا أجمع، وكذا لو أحضر الأوّل منهم المكفول؛ لأنّهم فروعه.

ولو أقال أحدهم برئ هو ومن بعده دون من قبله، كما أنّه لو مات يبرأ من كان فرعاً له.

ولو مات الأوّل برئوا أجمع، وليس للمكفول له مطالبة ورثة الكفيل الأوّل وإن احتمل، لكنّه في غير محلّه. ولو مات المكفول برئوا أجمع أيضاً. ↑ ج ٢٦ / ٢٠٦

ولا يتوهّم من صحّة ترامـيها صـحّة دورهـا، كـما فـي الضـمان والحوالة؛ لأنّ حضور المكفول الأوّل يوجب براءة من كفله وإن تعدّد، فلا معنى لمطالبته بإحضار من كفله، كما هو واضح.

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿لا تصحّ كفالة المكاتب﴾ المشروط عند الشيخ[١]؛ بـناءً عـلى أصله المتكرّر من عدم لزوم مال الكتابة عليه، لجواز تعجيزه نفسه.

وفيه: ما عرفت من منع ذلك أوّلاً، ومن عدم اقتضائه الفساد ثانياً، ولذا قال المصنّف: ﴿على تردّد﴾.

بل في المسالك: «ونزيد هنا: أنّه إمّا عـبد أو مـديون، وكـلاهما مجوّز للكفالة وموجب للإحضار»[٢].

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٤٠.

(٢) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٥٣.

وهو مبنيّ على ما سمعته سابقاً من الفاضل من جواز كفالة العبد. إلّا أنّك قد عرفت تقييده له بالآبق، بل ظاهر المحكي عن غيره[١] اعتبار اعتياد الإباق.

وقد عرفت النظر في أصل صحّة الكفالة في ذلك، وإن كان لا يخلو من وجه؛ باعتبار كونه مكلّفاً مستحقّاً عليه الحضور، بخلاف الدابّة ونحوها من الأموال.

المسألة ﴿التاسعة﴾

﴿لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه﴾ أو نحو ذلك ﴿صحّ؛ لأنّه قد يعبّر بذلك عن الجملة عرفاً﴾ بلا خلاف أجده[٢] إلّا من ثاني الشهيدين ـ تبعاً لمحتمل المحقّق الثاني[٣] ـ قال: «لأنّ العضوين المذكورين وإن كانا قد يطلقان على الجملة، إلّا أنّ إطلاقهما على أنفسهما خاصّة شائع متعارف إن لم يكن أشهر، وحمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصحّح ـ مع الشكّ في حصول الشرط، وأصالة البراءة من لوازم العقد ـ غير واضح».

«نعم، لو صرّح بإرادة الجملة من الجزأين اتّجهت الصحّة، كما أنّه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعاً، بل كالجزء الذي

---

(١) كالشهيد في الحواشي على ما نقله الكركي معلّقاً عليه بقوله: «وهو معنى صحيح أيضاً». انظر جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٧.
(٢) كما في مفتاح الكرامة: الضمان / في الكفالة ج ١٦ ص ٦١٩.
(٣) جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٨.

لا يمكن الحياة بدونه».

«وبالجملة: فالكلام عند الإطلاق وعدم قرينة تدلّ على أحدهما، فعند ذلك لا يصحّ التعليل بأنّه قد يعبّر بذلك عن الجملة»[1].

وفيه: أنّ المراد من التعليل المزبور بيان صحّة الإطلاق المزبور، المراد منه ذلك قطعاً في عقد الكفالة، ولو باعتبار تعارف التعبير به مريداً به الجملة فيها. أو بيان الاكتفاء في الحمل على الوجه الصحيح ـ لأصالة الصحّة وغيرها ـ بقابليّة اللفظ لذلك، بخلاف ما إذا لم يكن ↑
قابلاً. وعلى هذا أو الأوّل يحمل كلام الأصحاب. ج ٢٦ / ٢٠٧

نعم، ألحق بهما الفاضل في محكيّ التحرير[2] والتذكرة[3]: الكبد والقلب ونحوهما من الأعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها والجزء المشاع كالثلث والربع وغيرهما.

ونظر فيه في القواعد: «من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان إحضار الجزء إلّا بالجملة فيسري»[4].

وفي جامع المقاصد: «لقائل أن يقول: إنّ إحضاره ـ وإن كان غير ممكن بدون إحضار الجميع ـ لا يقتضي الصحّة؛ لأنّ الإحضار فرع الكفالة، والمطلوب إنّما هو صحّة الكفالة وإحضار ذلك العضو، وحيث

---

(١) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٥٤.

(٢) تحريرالأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: الكفالة / في العقد ج ١٤ ص ٣٩١.

(٤) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٦٩ ـ ١٧٠.

إنّ صحّتها إنّما تكون بكفالة المجموع لم تصحّ هنا ؛ إذ المتكفّل به ليس هو المجموع ولا ما يستلزمه ، وإن كان حكم الكفالة ـ وهو إحضار ذلك العضو ـ غير ممكن إلّا بإحضار المجموع . والعقود أسباب متلقّاة من الشارع فلابدّ في صحّتها من النصّ ، مع أنّ التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف»[1].

وتبعه على ذلك في المسالك ، بل قال : «وحينئذٍ فعدم الصحّة أوضح»[2].

وفيه : أنّ المراد بالاكتفاء في موضوع الكفالة ـ الذي هو المجموع ـ ملاحظته ولو بعنوان المقدّمة لما هو المذكور في عقدها ، ولا يبعد الاكتفاء به لإطلاق الأدلّة ، بل لو كان المقصود من ذلك إرادة الجملة صحّ وإن لم يتعارف التعبير به عنها ؛ لعدم اشتراط نحو ذلك في متعلّق العقد ، بل يكفي فيه إرادته من اللفظ بالقرينة ، وإن لم يجر على قانون اللغة .

ولكنّ مقتضى ذلك أنّه لا يتمّ قول المصنّف : ﴿ولو تكفّل بيده أو رجله واقتصر لم يصحّ؛ إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجرّداً ولا يسري إلى الجملة﴾ بل هو المحكي عن المبسوط[3] ومن تأخّر عن المصنّف[4].

---

(١) جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩ (بتصرّف في الجملة الأخيرة).

(٢) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٥٥.

(٣) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٤١.

(٤) كالعلّامة في الإرشاد: الضمان / في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣، والشهيدين في اللمعتين. ←

نعم، في القواعد: «وجهان»[١]، وفي المسالك: «لا يبعد القول بالصحّة ممّن يقول بها فيما سبق»[٢].

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الوجه في ذلك عدم معلوميّة ملاحظة الجملة ولو بعنوان المقدّمة؛ ضرورة إمكان انفصالهما مع بقاء الحياة، فلا يتيقّن إرادة موضوع الكفالة لعدم القرينة، بخلاف الأوّل الذي لا يمكن التعيّش بدونه؛ إذ احتمال الإتيان بهما بعد موته منافٍ لأصل موضوع الكفالة المفروض ملاحظتهما إيّاه. فلو فرض حصول قرينة في محلّ البحث على ملاحظة الإتيان بالجملة مقدّمةً لذلك أمكن الاكتفاء فيها بذلك؛ لنحو ما عرفت.

↑ أو يقال: إنّ الوجه في فرق الأصحاب بينه وبين الأوّل: هو صحّة
ج ٢٦ / ٢٠٨ التعبير بالأوّل عن الجملة، فيكفي أصل الصحّة حينئذٍ في الحكم بإرادتها، بخلاف هذا، فإنّها لا تكفي في الحكم بإرادتها منه بعد فرض عدم صحّة التعبير بها عن الجملة، بل لابدّ من التصريح بذلك أو بقرينة أُخرى، فيكفي حينئذٍ وإن كان غلطاً؛ لما عرفت.

↑ والله العالم والمؤيّد والموفّق والمسدّد. قد تمّ، والحمد لله ربّ
ج ٢٦ / ٢٠٩ العالمين أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً.

← انظر الروضة البهيّة: كتاب الكفالة ج ٤ ص ١٦٨، والكركي في جامع المقاصد: الضمان / في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٩.

(١) قواعد الأحكام: الضمان / في الكفالة ج ٢ ص ١٧٠.

(٢) مسالك الأفهام: الضمان / في الكفالة ج ٤ ص ٢٥٥.

كتاب

الصلح

﴿كتاب الصلح﴾

الذي قد دلّ على شرعيّته بالخصوص الكتاب والسنّة والإجماع من المسلمين:

قال الله تعالى: «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير»[١].

وقوله: «فاتّقوا الله وأصلحوا ذات بينكم»[٢].

وقوله: «إن يريدا إصلاحاً يوفّق الله بينهما»[٣].

وقوله: «إنّما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم»[٤].

وقوله: «فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل»[٥].

وقوله: «أو إصلاح بين الناس»[٦].

---

(١) سورة النساء: الآية ١٢٨.

(٢) سورة الأنفال: الآية ١.

(٣) سورة النساء: الآية ٣٥.

(٤) سورة الحجرات: الآية ١٠.

(٥) سورة الحجرات: الآية ٩.

(٦) سورة النساء: الآية ١١٤.

وإن كان في دلالة ما عدا الأوّل على الصلح العقدي ـ الذي عند الأصحاب ـ تأمّل، بل قيل: «والأوّل»[١].

وفي النبوي المروي في طرق العامّة[٢] ومرسلاً في الفقيه[٣]: «... الصلح جائز بين المسلمين، إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».

وفي خبر حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين»[٤].

وفي آخر عنه عليه السلام أيضاً: «في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح؟ فقال: إذا كان بطيبة نفسٍ من صاحبه فلا بأس»[٥]. ↑ ج ٢٦ / ٢١٠

وفي ثالث عنه عليه السلام أيضاً: «سألناه عن الرجل يكون عنده مال لأيتام، فلا يعطيهم حتّى يهلكوا، فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه على أن يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبرئه ممّا كان عليه، أيبرأ منه؟ قال:

---

(١) زبدة البيان: توابع الدين / في الصلح ص ٤٥٩ ـ ٤٦١، مجمع الفائدة والبرهان: الديون / في الصلح ج ٩ ص ٣٣١.

(٢) صحيح ابن حبّان: ح ٥٠٨٩ ج ١١ ص ٤٨٨، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٦٥، سنن الدارقطني: ح ٩٦ و ٩٧ ج ٣ ص ٢٧، معرفة السنن والآثار: ح ٣٦٥٨ ج ٤ ص ٤٦٧.

(٣) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الصلح ح ٣٢٦٧ ج ٣ ص ٣٢، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الصلح ح ٢ ج ١٨ ص ٤٤٣.

(٤) الكافي: المعيشة / باب الصلح ح ٥ ج ٥ ص ٢٥٩، تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٣ الصلح بين الناس ح ١٠ ج ٦ ص ٢٠٨، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٤٣.

(٥) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢ ص ٢٠٦، ووسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الضمان ح ٣ ج ١٨ ص ٤٤٦.

نعم»[١].

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على كونه عقداً مستقلاً بنفسه لا يتوقّف على سبق خصومة، مثل البيع وغيره من العقود ﴿و﴾ إن كان ﴿هو﴾ في الأصل ﴿عقد شرّع لقطع التجاذب﴾ والتنازع بين المتخاصمين.

إلّا أنّ ذلك فيه من الحِكَم التي لا يجب اطّرادها؛ مثل المشقّة في حكمة القصر، ونقصان القيمة في الردّ بالعيب، واستبراء الرحم للعدّة... وغيرها من الحكم التي لا تقتضي تخصيصاً أو تقييداً لعموم الدليل أو إطلاقه المقتضي ثبوت الحكم في غير محلّها، فضلاً عن خصوص الأدلّة من السنّة المستفيضة أو المتواترة والإجماع بقسميه، كما هو واضح.

وإن أطنب فيه في المسالك[٢] وغيرها[٣]؛ حتّى أنّ بعضهم[٤] التجأ إلى دعوى أنّه وإن كان شرّع في قطع الخصومة إلّا أنّه لا دليل على اشتراطها فيه، بل الأصل عدم ذلك. وآخر[٥] إلى غير ذلك ممّا لا حاجة

---

(١) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨١ الديون وأحكامها ح ٤٢ ج ٦ ص ١٩٢، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٤٧.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٥٩.

(٣) كمفتاح الكرامة: الصلح / الفصل الأوّل ج ١٧ ص ٨ فما بعدها.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: الصلح / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨، والعاملي في مفتاح الكرامة: (الهامش السابق: ص ١٠).

(٥) كالمقداد في التنقيح: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٠٠ ـ ٢٠١.

إليه بعد ما عرفت.

ولا إلى ما قيل من أنّه «ربّما يشعر لفظ الصلح بتحقّق منازعة، لكن لا يتعيّن كونها سابقة، بل يصحّ إطلاقه بالإضافة إلى دفع منازعة متوقّعة محتملة وإن لم تكن سابقة، كما يفصح عنه آية النشوز[1]، فاشتراط السبق في مفهومه غفلة واضحة».

«نعم، لا تساعد الأخبار المتقدّمة على الدلالة على المشروعيّة حيث لا منازعة سابقة ولا متوقّعة، ولكن يمكن الذبّ عنه بعدم القائل بالفرق بين الأُمّة، فكلّ من قال بالمشروعيّة لدفع منازعة وإن لم تكن سابقة ـ كما دلّ عليها إطلاق الأخبار المذكورة ـ قال بها في الصورة المزبورة التي لم تكن فيها منازعة سابقة ولا متوقّعة»[2].

إذ فيه: أنّ المراد بلفظ «الصلح» ـ الواقع في إيجاب العقد ـ إنشاء الرضا بما توافقا واصطلحا وتسالما عليه فيما بينهما، لا أنّ المراد به ↑ ج ٢٦ / ٢١١
خصوص الصلح المتعقّب للخصومة مثلاً، كما هو واضح.

﴿و﴾ على كلّ حال، ف﴿ـليس﴾ هو عندنا ﴿فرعاً على غيره﴾ من العقود ﴿وإن[3] أفاد فائدته﴾ بل في التذكرة[4] وعن السرائر[5]:

---

(١) سورة النساء: الآية ١٢٨.

(٢) رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٠٠.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: ولو.

(٤) تذكرة الفقهاء: الصلح / في ماهيّته ج ١٦ ص ٦.

(٥) السرائر: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٦٤ ـ ٦٥.

الإجماع عليه، وهو الحجّة.

مضافاً إلى ظهور الأدلّة السابقة أو صريحها في عدم فرعيّته، بل بعض موارده ـ المصرّح بها في بعض النصوص ـ لا يصلح لأن يكون موضوعاً لغيره.

على أنّ إفادة عقدٍ مفاد آخر لا يقتضي الاتّحاد معه على وجهٍ تلحقه أحكامه، وإلّا لاقتضى اتّحاد الهبة ـ مثلاً ـ بعوض معلوم مع البيع، وهو واضح البطلان؛ فإنّ الأحكام الشرعيّة تتبع عناوينها، فكلّ حكم ثبت لموضوع خاصّ منها لا يثبت لغيره من تلك الحيثيّة، نعم لا بأس بثبوته من دليل آخر.

فما عن الشيخ تارةً: أنّه بيع مطلقاً[١]، وأُخرى[٢]: ما عن الشافعي[٣] من أنّه فرع له إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، وللإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم، وللعارية إذا تضمّن التسلّط على منفعة بغير عوض، وللهبة إذا تضمّن ملك العين بغير عوض، وللإبراء إذا تضمّن إسقاط دين.

لا وجه له؛ ضرورة فرض عدم القصد به شيئاً منها، وإلّا كان باطلاً؛ لعدم وقوع البيع والهبة مثلاً بلفظ الصلح. ولا دليل على ثبوت أحكامهما له إذا أفاد فائدتهما.

---

(١) استفيد ذلك من الخلاف: الصلح / مسألة ١٠ ج ٣ ص ٢٩٩ ـ ٣٠٠.

(٢) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٨٨.

(٣) المجموع: ج ١٣ ص ٣٨٥ ـ ٣٨٧.

على أنّه لا يتمّ فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذي لا يندرج في شيء من المذكورات، كما لا يخفى على من لاحظها، بل الاتّفاق فتوى وروايةً هنا على عدم اشتراط المعلوميّة في المصالح عليه في الجملة، بخلاف البيع.

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف بيننا[١] في أنّه ﴿يصحّ مع الإقرار والإنكار﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، مضافاً إلى العمومات.

نعم، المراد من الصحّة مع الإنكار: الظاهريّة؛ بمعنى أنّه يجري عليه حكم الصحّة ظاهراً لا في نفس الأمر، فإنّ المدّعي ديناً أو عيناً أو منفعةً مثلاً وأنكره المدّعى عليه:

إن كان محقّاً لم يصحّ للمنكر ما بقي له من مال المدّعي، سواء كان من الجنس أو لا، وسواء عرف المالك قدر الحقّ أو لا، وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقّه أم لا؛ لأنّه ربّما كان توصّلاً إلى أخذ بعض حقّه. بل لو فرض أنّه صالحه عن العين ـ مثلاً ـ بمال فهي بأجمعها حرام، ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع إليه من العوض؛ لفساد المعاوضة في نفس الأمر، إلّا أن يفرض رضا المدّعي باطناً بالصلح عن جميع ماله في الواقع بذلك.

↑ ج ٢٦ / ٢١٢

---

(١) كما في كفاية الأحكام: كتاب الصلح ج ١ ص ٦٠٨.

(٢) ينظر التنقيح الرائع: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٠١، وجامع المقاصد: الصلح / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٤١٠، ومسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦١، والروضة البهيّة: كتاب الصلح ج ٤ ص ١٧٣، والحدائق الناضرة: الصلح / المطلب الأوّل ج ٢١ ص ٨٨.

وإن كان مبطلاً لم يحلّ له ما دفعه إليه المنكر رفعاً لدعواه الكاذبة وللضرر عن نفسه ... ونحو ذلك ممّا لا يتحقّق معه التراضي المبيح لأكل مال الغير، إلاّ مع فرض الرضا المزبور. وإنّما الحكم بالصحّة بحسب ظاهر الشرع، لاشتباه المحقّ من المبطل.

قال عليّ بن أبي حمزة: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل يهودي أو نصراني كان له عندي أربعة آلاف درهم فهلك، أيجوز لي أن أُصالح ورثته ولا أُعلمهم كم كان؟ فقال: لا يجوز حتّى تخبرهم»[1].

وفي صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا كان للرجل على الرجل دين، فمطله حتّى مات، ثمّ صالح ورثته على شيء، فالذي أخذه الورثة لهم، وما بقي فهو للميّت يستوفيه منه في الآخرة، فإن لم يصالحهم على شيء حتّى مات ولم يقض عنه فهو كلّه للميّت يأخذه به»[2].

نعم، في المسالك: «لو كانت الدعوى مستندة إلى قرينة تجوّزها، كما لو وجد المدّعي بخطّ مورّثه أنّ له حقّاً على أحد، أو يشهد له من لا يثبت بشهادته الحقّ، ولم يكن المدّعي عالماً بالحال، وتوجّهت له اليمين على المنكر فصالحه على إسقاطها بمال، أو على قطع المنازعة،

---

(١) الكافي: المعيشة / باب الصلح ح ٦ ج ٥ ص ٢٥٩. تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٣ الصلح بين الناس ح ٣ ج ٦ ص ٢٠٦. وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الصلح ح ٢ ج ١٨ ص ٤٤٥.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٨. و «التهذيب»: ح ١١ ص ٢٠٨. و «الوسائل»: ح ٤ ص ٤٤٦.

فالمتّجه صحّة الصلح في نفس الأمر؛ لأنّ اليمين حقّ يصحّ الصلح على إسقاطها. ومثله ما لو توجّهت الدعوى بالتهمة، حيث يتوجّه اليمين على المنكر ولا يمكن ردّها»(١).

لكن في جامع المقاصد ـ في مفروض المسألة ـ: «ليس بعيداً من الصواب صحّته ظاهراً، وما في نفس الأمر تابع لصحّة الدعوى وعدمها، ويحتمل الصحّة مطلقاً؛ لأنّ اليمين حقّ فيصحّ الصلح لإسقاطها»(٢).

قلت: قد يناقش في الصحّة ظاهراً في الأوّل: بأنّها غير متصوّرة بعد القطع بكون أحدهما مبطلاً، سواء كان المدّعي أو المنكر، والفرض كفايته في الفساد في نفس الأمر، فكيف يجامع الحكم بالصحّة في ظاهر الشرع. ↑ ج ٢٦ ٢١٣

اللّهمّ إلّا أن يدّعى: أنّ مبنى شرعيّة الصلح على ذلك، فيحكم حينئذٍ بالصحّة عليه ظاهراً ما دام الواقع مشتبهاً ولم يعلم المبطل منهما بعينه، فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض، كما أنّه لا يجوز ـ للمصالح بالكسر ـ الدعوى بما وقع الصلح عنه، وإن كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الأمر؛ ولذا لو انكشف الحال بعد الصلح بإقرارٍ عمل عليه وحكم بفساد الصلح في الظاهر أيضاً. وهل البيّنة كالإقرار في ذلك؟ وجهان، هذا.

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٢.

(٢) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٤٠٩.

وقد تقدّم في التحالف في كتاب البيع[١] ما يستفاد منه : أنّ القطع بالواقع في الجملة لا ينافي إجراء الحكم في الظاهر، تبعاً لمؤثّريّته .

وكذا قد يناقش في الصحّة في نفس الأمر في الثاني : بأنّ المتّجه عليه حلّيّة ذلك له حتّى لو انكشف الحال بعد ذلك، ولا أظنّ القائل يلتزمه . ولعلّه لذا جعل الصحّة في الواقع في جامع المقاصد تابعة لصحّة الدعوى في نفس الأمر وعدمها[٢] .

وكون اليمين حقّاً يصحّ الصلح على إسقاطه، لا ينافي اعتبار المراعاة فيه بما إذا لم ينكشف الواقع، وإلّا جرى الحكم على ما في الواقع . نعم، ما دام الواقع مشتبهاً في نفسه يحكم بملكيّته العوض ـ مثلاً ـ ويحلّ له التصرّف فيه ونحو ذلك .

ويمكن تنزيل مراد القائل بالصحّة في نفس الأمر على ذلك، لا أنّ المراد الصحّة فيه مطلقاً حتّى لو بان الأمر بعد ذلك .

اللّهمّ إلّا أن يدّعى : أنّ ظهور الأمر بعد ذلك لا ينافي ثبوت الحقّ وقت الصلح الذي قد وقع على إسقاطه، وهو كافٍ في الصحّة في نفس الأمر وإن انكشف الحال بعد ذلك .

ولكنّه كما ترى، على أنّه لا يتمّ فيما لو فرض انكشاف الحال بصحّة دعوى المدّعي، فإنّ المال حينئذٍ في يد المنكر باقٍ على ملك المدّعي الذي قد صولح على إسقاط ما له من حقّ اليمين، ولم يحصل منه

---

(١) في ج ٢٤ ص ٣٥٦ ـ ٣٥٧.

(٢) انظر الهامش قبل السابق.

ما يقتضي انتقال المال إلى المنكر؛ لأنّ الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاوضة عليه.

وبالجملة: يمكن أن يقال: إنّ الصلح في قطع الدعوى كاليمين من المنكر الذي قد يدّعى أنّها من أقسام المعاوضة شرعاً أيضاً.

وقد ذكروا أيضاً فيه أنّه ليس له المقاصّة باطناً، وإن كان هو لا يبيح المال في الواقع، نعم لو أقرّ بعد ذلك أُخذ بإقراره خاصّة، وفي البيّنة خلاف أصحّه عدم الالتفات إليها. ج ٢٦ / ٢١٤

فيمكن جعل الصلح القاطع للنزاع مثله في ذلك كلّه؛ ضرورة كون المنشأ في ذلك كلّه: إسقاط الدعوى واستيفاء المدّعي عوضها اليمين... ونحو ذلك ممّا يأتي مثله في الصلح.

فتأمّل جيّداً، فإنّه لا يخلو من نظر، كما أنّه لا يخلو حلّيّة المال بمجرّد كتابة المورّث ـ مثلاً ـ منه أيضاً.

نعم، قد يقال: بحلّيّة ما دفع للتخلّص من يمين التهمة؛ باعتبار إيماء مشروعيّة اليمين لها بذلك، ولو قلنا بمثله في كتابة المورّث أمكن حلّيّته لذلك.

وكيف كان، فقد ظهر لك: أنّ الصلح بين المسلمين جائز مع الإقرار والإنكار ﴿إلّا ما﴾ أي صلحاً ﴿أحلّ حراماً﴾ كاسترقاق الحرّ واستباحة بضع المحرّمات وشرب الخمر واللواط ﴿أو حرّم حلالاً﴾ بأن لا يطأ حليلته أو لا ينتفع بماله... أو نحو ذلك ممّا علم عدم جواز الصلح على اجتنابه. وحينئذٍ فالاستثناء متّصل؛ ضرورة كون الصلح

على مثل ذلك باطلاً ظاهراً وباطناً.

وربّما فسّر[1] أيضاً: بصلح المنكر على بعض المدّعى به أو منفعته أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى، كما سبق تحريره. لكنّ الاستثناء حينئذٍ منقطع؛ لما عرفت من الحكم بصحّته ظاهراً، وإنّما هو فاسد في نفس الأمر، والحكم بالصحّة والبطلان إنّما يطلق على ما هو الظاهر.

نعم، بناءً على ما عن الشافعي من عدم الصحّة مع الإنكار[2] يكون الاستثناء متّصلاً، وربّما كان ذلك هو الدليل له، فإنّه حينئذٍ محلّل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، ومحرّم للحلال بالنسبة إلى المحقّ. إلّا أنّ فيه ما عرفت، مضافاً إلى عدم ظهور الخبر المزبور فيه.

بل يمكن أن يكون مراد الشافعي البطلان في نفس الأمر أيضاً خاصّة لا مطلقاً، وحينئذٍ يرتفع النزاع بيننا وبينه.

كما أنّه يمكن دعوى الاتّصال على ذلك أيضاً بناءً على إرادة البطلان في نفس الأمر من عدم الجواز في الخبر المزبور.

كما أنّه يمكن إرادة جعل الصلح شارعاً من الاستثناء؛ بمعنى: أنّ الصلح الباطل هو الذي يكون مضمونه تحليل ما حرّم الله وبالعكس على وجهٍ يكون به الحلّ والحرام... إلى غير ذلك من الوجوه المحتملة فيه، والله العالم.

---

(١) انظر مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٢.

(٢) المجموع: ج ١٣ ص ٣٨٨، الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٣٦٩.

﴿وكذا يصحّ﴾ الصلح ﴿مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ومع جهالتهما به﴾ بلا خلاف فيه في الجملة[١]، بل في المسالك[٢] وغيرها[٣]: الإجماع عليه. ↑ ج ٢٦ ٢١٥

لإطلاق الأدلّة، وخصوص الصحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام أنّهما قالا: «في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه، لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، ولي ما عندي؟ فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما»[٤]. ونحوهما الموثّق[٥].

والمناقشة[٦]: باحتمال كون مضمونها الإبراء لا الصلح، يدفعها: فهم الأصحاب ذلك منها، وظهور إرادة المعاوضة فيها، وليست حينئذٍ إلّا الصلح، فلا إشكال حينئذٍ في الدلالة على المطلوب.

على أنّ الحاجة ماسّة إلى تحصيل البراءة مع الجهل، ولا وجه إلّا الصلح.

---

(١) كما في رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٠٢.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٣ (ظاهره ذلك).

(٣) كتذكرة الفقهاء: الصلح / في الأركان ج ١٦ ص ١٧.

(٤) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٣ الصلح بين الناس ح ١ ج ٦ ص ٢٠٦، وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الصلح ح ١ (مع ذيله) ج ١٨ ص ٤٤٥.

(٥) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ١٢ ج ٧ ص ١٨٧، وانظر ذيل مصدر «الوسائل» في الهامش السابق.

(٦) ينظر مجمع الفائدة والبرهان: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٣٠، ومفتاح الكرامة: الصلح / الفصل الأوّل ج ١٧ ص ٢٦.

نعم، لو كان أحدهما عالماً به دون الآخر لم يصحّ الصلح في نفس الأمر، بل لابدّ من الإعلام بالقدر إن كان الجاهل المستحقّ، كما سمعته في خبر أبي حمزة، أو كان المصالح به قدر حقّه مع فرض عدم تعيّنه، ومع ذلك فالعبرة بوصول الحقّ لا بالصلح.

نعم، لو فرض الرضا الباطني على كلّ حال صحّ، كما عرفته فيما تقدّم.

وإن كان العالم المستحقّ لم يصحّ الصلح بزيادة عن الحقّ، بل بقدره فما دون عكس الأوّل، إلّا مع فرض الرضا المزبور الذي يمكن استفادة حكمه ـ مضافاً إلى عموم: «تسلّط الناس على أموالهم»[1] ـ من الصحيح عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح؟ فقال: إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»[2] وغيره[3] بناءً على إرادة الصلح بالأنقص ـ كما هو الغالب ـ مع عدم إعلامه بالحال. والحكم في ذلك كلّه واضح.

بل الظاهر عدم اعتبار المنازعة في ذلك؛ إذ الحكم المزبور يأتي في مطلق التصالح وإن لم تكن منازعة، مع علمهما وجهلهما، كوارث تعذّر علمه بمقدار حصّته، وشريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا يتميّز ولا يعلمان قدر ما لكلّ منهما... ونحو ذلك.

ج ٢٦ / ٢١٦ بل في المسالك: «ولو كان جهلهما بالقدر لتعذّر المكيال والميزان،

(١) تقدّم في ص ٣٦٤.

(٢) تقدّم في ص ٤٢٢.

(٣) كالصحيح المتقدّم في الصفحة السابقة.

ومسّت الحاجة إلى نقل الملك، فالأقرب الجواز، وهو خيرة الدروس»[١].

قلت: بل في التذكرة: «لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدراً ولا جنساً، بل يصحّ الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه ﴿ديناً كان أو عيناً﴾ وسواء كان إرثاً[٢] أو غيره عند علمائنا أجمع»[٣].

وإطلاقه ـ كما في المتن وغيره[٤]، بل والنصوص كما اعترف به في الرياض[٥] ـ يقتضي عدم الفرق في الصحّة بين كون المصالح عنه ممّا يتعذّر معرفتهما له مطلقاً أو لا، أمكن معرفته في الحال أم لا لعدم مكيال أو ميزان ونحوهما من أسباب المعرفة.

بل لا خلاف في الأُولى على ما قيل[٦]؛ لاتّفاق الأدلّة نصّاً وفتوى عليها، مضافاً إلى أنّ إبراء الذمّة أمر مطلوب والحاجة إليه ماسّة، ولا طريق إليه إلّا الصلح، فلا إشكال فيها.

وكذا في الثالثة عند جماعة كالشهيدين[٧] والفاضل المقداد[٨]؛

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٤.

(٢) في المصدر ـ وتحتمله المعتمدة ـ بدلها: أرشاً.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / في الأركان ج ١٦ ص ١٧.

(٤) كقواعد الأحكام: الصلح / الفصل الأوّل ج ٢ ص ١٧٢.

(٥) رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٠٣.

(٦) المصدر السابق.

(٧) الدروس الشرعيّة: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٣٠، مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٤.

(٨) التنقيح الرائع: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٠١.

لتعذّر العلم به في الحال، مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لوقوعه، والضرر بتأخيره، وانحصار الطريق في نقله فيه، مع تناول الأدلّة السابقة له.

ومن هذا القبيل أيضاً: الصلح على نصيب من ميراث أو عين يتعذّر العلم بقدره في الحال مع إمكان الرجوع في وقت آخر إلى عالم به، مع مسيس الحاجة إلى نقله في الحال.

نعم، في الرياض: «يشكل في الثانية: من عموم الأدلّة بالجواز المعتضدة بإطلاقات عبائر كثير من الأصحاب، ومن حصول الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة والنقيصة، مع إمكان التحرّز عنهما، ولذا قيّد في المسالك وغيرها الصحّة بما إذا تعذّر تحصيل العلم بالحقّ والمعرفة بالكلّيّة».

ثمّ قال: «وهو حسن، إمّا لترجيح عموم أدلّة النهي عن الغرر، أو لتعارضها مع عموم جواز أدلّة[1] الصلح، مع عدم مرجّح للثانية، فلابدّ من المصير حينئذٍ إلى حكم الأصل، وهو الفساد وعدم الصحّة».

«مضافاً: إلى إمكان ترجيح أدلّة النهي عن الغرر ـ باعتضادها بالاعتبار ورجحانها عند الأصحاب ـ على أدلّة الصحّة في كثير من المعاملات المختلفة، كالبيع والإجارة ونحوهما من المعاملات المختلفة»[2].

---

(١) في المصدر: مع عموم أدلّة جواز...

(٢) رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

وفيه أوّلاً[١]: منع العموم في المعتبر من أدلّة النهي عن الغرر، فضلاً عن ترجيحه أو معارضته لعموم الصلح والرجوع إلى أصالة الفساد؛ إذ ↑ لم نعثر في المعتبر منها إلّا على النهي عن الغرر في البيع[٢] الملحق به ج ٢٦ / ٢١٧ الإجارة بالإجماع.

على أنّ إطلاق النصوص السابقة ومعقد إجماع التذكرة[٣] ـ المعتضد بإطلاق المتن وغيره من عبارات الأصحاب، كما اعترف هو بذلك كلّه ـ كافٍ في تخصيص أدلّة الغرر.

بل قوله في الصحيحين: «إذا تراضيا بذلك وطابت أنفسهما»[٤] ظاهر ـ إن لم يكن صريحاً ـ في أنّ المدار في الصحّة على ذلك ولو مع الجهل الذي يمكن زواله.

كظهور الحكم بالصحّة في الصورتين الأُوليين في ذلك أيضاً عند التأمّل، خصوصاً الثانية منهما؛ ضرورة عدم صلاحيّة التعذّر في الحال مع مسيس الحاجة إلى النقل ـ الممكن بالهبة المعوّضة ونحوها ـ لارتفاع حكم الشرطيّة أو المانعيّة بعد فرض عدم الدليل بالخصوص؛ وإلّا لاقتضى ذلك في البيع، وهو واضح الفساد.

على أنّ ترجيح أدلّة الغرر بما سمعت يقتضي كون مدخليّته هنا

---

(١) لا عدل لها ظاهر في العبارة.

(٢) تقدّم في ص ٢٨٦.

(٣) تقدّمت عبارته في ص ٤٣٤.

(٤) تقدّمت الإشارة إلى أحدهما بعنوان «الصحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام» في ص ٤٣٢. وانظر في الصحيح الآخر ذيل مصدر «الوسائل» في التخريج هناك.

نحوها في البيع والإجارة الذي لا فرق في مانعيّته فيهما بين التعذّر مطلقاً وفي الحال وعدمه.

ومسيس الحاجة مع عدم رجوعه إلى نفي الحرج في الدين لا يؤثّر أثراً، ودعوى إرادة ذلك منه ممنوعة. ولو سلّمت لم تقتضِ اختصاص الصلح بذلك، بعد الإغضاء عن أصل جريان نفي الحرج في المقام.

فالأقوى حينئذٍ الصحّة مطلقاً، إلّا الجهالة التي لا تؤول إلى علم للإبهام، بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين المصالح به والمصالح عنه، كما هو مقتضى الصحيحين السابقين وغيرهما من الأدلّة السابقة.

فما عن الشافعي: من عدم جواز الصلح على المجهول مطلقاً[1] ـ بل ظاهره المفروغيّة من اعتبار العلم بالمصالح به؛ ولذا احتجّ به على اعتباره في المصالح عنه أيضاً بالقياس عليه ـ واضح الفساد.

وكذا ما في الدروس من أنّ «الأصحّ اشتراط العلم في العوضين إذا أمكن»[2] إلى أن قال: «ولو تعذّر العلم بما صولح عليه جاز، كما في وارث يتعذّر علمه بحصّته، وكما إذا امتزج مالاهما بحيث لا يتميّز، ولا تضرّ الجهالة، ورواية منصور بن حازم[3] تدلّ عليه. ولو كان ↑ ج ٢٦
تعذّر العلم لعدم المكيال والميزان في الحال ومساس الحاجة إلى ٢١٨

---

(١) المجموع: ج ١٣ ص ٣٨٨، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٢٥، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٨، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ١٤٣.

(٢) الدروس الشرعيّة: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٢٧.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الصلح ذيل ح ١ ج ١٨ ص ٤٤٥.

الانتقال فالأقرب الجواز»[١]. فإنّه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه.

كما أنّه لا يخفى عليك اقتضاء ما ذكرناه عدم الفرق في الصحّة بين العلم في الجملة ـ بالوصف أو المشاهدة ـ وعدمه أصلاً.

فما عن الأردبيلي: ـ من الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلوميّة، ولكن يعتبر فيه العلم في الجملة إمّا بالوصف أو المشاهدة[٢] ـ محلّ للنظر أيضاً، بل المنع.

نعم، قد يقال: بالمنع مع الجهل الذي لا يؤول إلى علم لإبهامه، كما ستعرف إن شاء الله؛ لعدم صلاحيّته للنقل والانتقال.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿هو﴾ أي عقد الصلح بناءً على ما قلناه من كونه أصلاً برأسه ﴿لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه﴾ بلا خلاف[٣]؛ لعموم: «أوفوا ...»[٤] وغيره من أدلّة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود.

نعم، يجيء على قول الشيخ[٥] الجواز في بعض موارده، كما إذا كان

---

(١) الهامش قبل السابق: ص ٣٢٩ ـ ٣٣٠.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

(٣) ينظر الوسيلة: بيان الصلح ص ٢٨٣، والسرائر: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٦٤، وقواعد الأحكام: الصلح / الفصل الأوّل ج ٢ ص ١٧٢، والدروس الشرعيّة: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٢٩.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) تقدّمت الإشارة إليه في ص ٤٢٥.

فرع العارية أو الهبة على بعض الوجوه ؛ بناءً على أنّ مراده : لحوقه حكم ما أفاد فائدته .

أمّا على المختار فليس إلّا على اللزوم ﴿إلّا أن يتّفقا على فسخه﴾ بالإقالة ، الشامل دليلها له ولغيره ، كما عرفته هناك ، والله العالم .

﴿وإذا اصطلح الشريكان﴾ عند انتهاء الشركة وإرادة فسخها أو مطلقاً على ما ستعرف ﴿على أن يكون الربح والخسران على أحدهما وللآخر رأس ماله صحّ﴾ بلا خلاف في الجملة فيه[١] ؛ للعمومات وخصوص المعتبرة :

منها : الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام : «في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً ، وكان من المال دين وعليهما دين ، فقال أحدهما لصاحبه : أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى[٢]؟ فقال : لا بأس إذا اشترطا ، فإذا كان شرطاً يخالف كتاب الله (عزّ وجلّ) فهو ردّ إلى كتاب الله (عزّ وجلّ)»[٣] .

ونحوه الآخر عنه [عليه السلام] أيضاً ، إلّا أنّه قال : «وكان من المال دين وعين»[٤] ، ولم يقل : «وعليهما دين» .

---

(١) كما في رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٠٧.

(٢) التَّوىٰ: هلاك المال. الصحاح: ج ٦ ص ٢٢٩٠ (توا).

(٣) الكافي: المعيشة / باب الصلح ح ١ ج ٥ ص ٢٥٨، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الصلح ح ١ ج ١٨ ص ٤٤٤.

(٤) من لايحضره الفقيه: المعيشة / باب البيوع ح ٣٨٤٨ ج ٣ ص ٢٢٩، تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٣ الصلح بين الناس ح ٧ ج ٦ ص ٢٠٧.

وكذا الثالث، إلّا أنّه قال: «وكان المال ديناً»[١]. ولم يذكر العين ولا «عليهما دين».

ج ٢٦ / ٢١٩ والرابع إلّا أنّه قال: «كان المال ديناً وعيناً»[٢].

قيل: «وليس في شيء منها -كالعبارة وما ضاهاها من عبائر الجماعة- عموم الحكم بالصحّة لصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة أو بعده وإن لم يرد القسمة؛ لظهور سياق الرواية فيما قيّدنا به العبارة من تعقّب القول بأنّ الربح والخسران لأحدهما ورأس المال للآخر للشركة وحصوله بعدها وبعد إرادة القسمة لقوله: (فربحا فيه ربحاً) و(أعطني رأس المال)».

«وليس في قوله: (إذا اشترطا) منافاة لذلك؛ لاحتمال أن يكون المراد منه: إذا تراضيا رضاً يتعقّب اللزوم بوقوعه في عقد لازم كعقد صلح ونحوه».

«وليس المراد: إذا اشترطا في عقد الشركة كما توهّم؛ لاختصاصه حينئذٍ بنفي البأس في صورة وقوع الشرط فيه. بل دلالته بمفهوم الشرط على ثبوته -مع وقوعه في غيره- ظاهرة[٣]، ولا قائل بهما، فتعيّن كون المراد ما ذكرنا».

«ووجه اشتراطه عليه‌السلام ذلك: خلوّ السؤال عن بيان رضا الآخر، وإنّما

---

(١) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ٢ عقود البيع ح ٢٤ ج ٧ ص ٢٥.
(٢) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٩ ج ٧ ص ١٨٦.
(٣) ليست في الرياض.

غايته الدلالة على صدور القول من أحدهما».

«ونحوها العبارة في عدم العموم للصورة المذكورة؛ لأنّ اشتراط ذلك فيها لا يسمّى صلحاً، بل اشتراطاً»(١).

قلت: أوّل من تنبّه لذلك الشهيد في الدروس، فقال: «لو اصطلح الشريكان عند إرادة الفسخ على أن يأخذ أحدهما رأس ماله والآخر الباقي رَبِح أو تَوِيَ جاز؛ للرواية الصحيحة. ولو جعلا ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع؛ لمنافاته موضوعها، والرواية لم تدلّ عليه»(٢).

ثمّ تبعه ثاني المحقّقين(٣) وثاني الشهيدين، إلّا أنّ الأخير منهما صرّح بأنّ إطلاق العبارة يقتضي التعميم(٤)، كما أنّ المحدّث البحراني صرّح بظهور النصوص في وقوع ذلك في أثناء الشركة وإن بقيت مستمرّة، بل جعل ذلك ظاهر إطلاق العبارات(٥).

والتحقيق في المسألة أن يقال: إنّه إن كان المراد ممّا في النصّ والفتوى كون هذا الصلح جارياً على مقتضى عموم ما دلّ على مشروعيّته، وغير محتاج إلى دليل بالخصوص، وإنّما النصوص

---

(١) رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٠٧ ـ ٣٠٨.

(٢) الدروس الشرعيّة: الصلح / درس ٢٦٦ ج ٣ ص ٣٣٣.

(٣) فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ١٨٥، حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٤٤٢، جامع المقاصد: الصلح / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٤١٣.

(٤) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٥، الروضة البهيّة: كتاب الصلح ج ٤ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٥) الحدائق الناضرة: الصلح / المطلب الأوّل ج ٢١ ص ١٠٠.

المخصوصة مؤكّدة لذلك ـ كما يومئ إليه استدلال الفاضل في التذكرة عليه أوّلاً بالعموم(١)؛ ضرورة صحّة الصلح من أحد الشريكين عمّا ↑ يستحقّه في الأعيان المشتركة بالمقدار المساوي لرأس ماله في ذمّة (ج ٢٦ / ٢٢٠) الشريك الآخر، وحينئذٍ يخرج المال عن الشركة ويختصّ بالمصالح، وإنّما يكون العوض في ذمّته ـ فلا ريب في صحّة ذلك في ابتداء الشركة أي بعد مزج المالين قبل العمل بهما، وفي الأثناء، وعند إرادة الفسخ، بل لا فرق في صحّته بهذا المعنى بين الشركة والمضاربة.

وإن كان المراد منهما صحّة الصلح ـ على أن يكون استحقاق أحدهما في المال رأس ماله تامّاً وللآخر الباقي ربح أو خسر والمال باقٍ على الشركة من غير أن يكون ذلك في ذمّة المصالح بالفتح، فلو لم يحصل من المال حينئذٍ إلّا دون رأس ماله لم يكن له رجوع عليه ـ فإن قلنا: إنّ ذلك أيضاً مقتضى العمومات كان المتّجه أيضاً الصحّة في الصور الثلاثة.

وإن قلنا: إنّ جواز مثل هذا الصلح محتاج إلى الدليل الخاصّ ولا تكفي فيه العمومات، بل لولاه لكان من الصلح المحلّل للحرام وبالعكس، فالمتّجه المنع في غير مورد النصوص المزبورة، إلّا أنّه يمكن منع ظهورها في خصوص صورة انتهاء الشركة وإرادة الفسخ، بل لا بأس بإيقاع الصلح المزبور ـ المفروض إفادته الاستحقاق المزبور ـ مع بقاء المال على الشركة يعمل به، بل لعلّ عموم: «تسلّط الناس على

(١) تذكرة الفقهاء: الصلح / في الأحكام ج ١٦ ص ٣٨ ـ ٣٩.

أموالهم»[١] يقتضيه.

ومنه ينقدح: الجواز في ابتداء الشركة، أي بعد مزج المالين، ثمّ إيقاع صيغة الصلح على النحو المزبور، فيعمل بالمال على هذا الوجه الذي مرجعه إلى الكلّي المضمون في المال وأنّه لا يستحقّ سواه، سواء بقي المال وزادت قيم أعيانه أو لا، وسواء عمل به بإذن من الآخر أو لا.

ودعوى[٢]: أنّ الثابت صحّته من النصوص الصلح عمّا سبق من الربح والخسران، لا ما يتجدّد.

يدفعها: منع ذلك أوّلاً، ووضوح عدم الفرق ثانياً؛ ضرورة أنّه بالصلح صارت شركة على هذا الوجه سواء بقي المال على هذا الحال أو لا؛ ضرورة أنّه لو أراد دفع رأس المال له فنقد أعيان مال الشركة واتّفق حصول الربح بذلك لم يكن له إلّا رأس المال الذي وقع عليه الصلح قطعاً.

وليس ذلك تعدٍّ[٣] من محلّ النصّ الذي هو ـ عند التأمّل ـ مطلق، فإنّ المراد من قوله: «أعطني» الكناية عن استحقاق رأس المال. نعم، لا يجوز التعدّي إلى غير الشركة كالمضاربة، ولا إلى غير هذه ↑ ج ٢٦
الصورة في الشركة، كالصلح على اختصاص الربح بأحدهما دون ٢٢١

---

(١) تقدّمت في ص ٣٦٤.

(٢) كما تستفاد من عبارة «الرياض» الآنفة الذكر.

(٣) الأولى التعبير بـ «تعدّياً».

الخسران ... ونحوه.

ومن ذلك كلّه ظهر لك: أنّ المتّجه ـ على كلّ حال ـ الجواز مطلقاً، كما هو مقتضى إطلاق المتن وغيره من عبارات الأصحاب[١]، بل والنصّ.

نعم، الأقوى: عدم جواز ذلك بطريق الشرطيّة، لا في الابتداء ولا في الأثناء ولا عند الانتهاء؛ ضرورة عدم المقتضي للّزوم، وإنّما هو وعد.

بل قيل: «إنّه منافٍ لمقتضى العقد الذي هو تبعيّة الربح والخسارة للمال، فهو مخالف للكتاب والسنّة، بل عائد عليه بالنقض».

«وليس هو كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه المنافي للّزوم الذي هو مقتضى الإطلاق، لا العقد نفسه الذي لا يقتضي إلّا الانتقال خاصّة، واللزوم من صفاته وكيفيّاته الخارجيّة[٢]، بخلاف عقد الشركة الذي ليس مقتضاه إلّا ما عرفت، فمع اشتراطه لم يبق للشركة معنى بالكلّيّة، ويكون بمنزلة العقد للشيء بشرط عدمه، والبيع المشترط فيه عدم الانتقال»[٣].

وإن كان قد يناقش فيه: بأنّ ذلك لو كان منافياً لمقتضاها لم يجز حتّى بالصلح الذي قد عرفت جوازه للأدلّة المزبورة المراد من الشرط

---

(١) كقواعد الأحكام: الصلح / الفصل الأوّل ج ٢ ص ١٧٣، وإرشاد الأذهان: الديون / في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.

(٢) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة للمصدر ـ: الخارجة.

(٣) رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٠٨ ـ ٣٠٩.

فيها ما فهمه الأصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح ، فإنّه ربّما يطلق اسم الشروط على العقود .

ومن الغريب جعل بعضهم محلّ النزاع هنا الاشتراط ؛ حتّى قال : «إنّه ليس في عبائر الجماعة إطلاق يشمل صورة الاشتراط في ابتداء الشركة الذي يسمّى اشتراطاً ولا يسمّى صلحاً وقد عبّروا به»[١] ؛ إذ قد عرفت أنّ محلّ البحث الصلح لا الشرطيّة .

ولكن هل صحّته مختصّة في صورة وقوعه عند إرادة فسخ الشركة ، أو عامّة له ولوقوعه في أثنائها أو عند ابتدائها ـ أي بعد مزج المالين ـ لمشروعيّة الاشتراك على هذا الوجه بالصلح من غير فرق بين الجميع ؟

ولا ريب في اقتضاء إطلاق المتن وغيره[٢] ذلك ، بل لعلّه مقتضى التأمّل الصادق في النصوص أيضاً .

وأمّا مسألة الشرطيّة في عقد الشركة فهي مسألة أُخرى مذكورة في باب الشركة ، لا مدخليّة لها فيما نحن فيه ، فمن الخبط جعل كلامهم هناك مقيّداً لإطلاقهم هنا ، كما هو واضح .

وبه يظهر لك ما في جملة من كتب المصنّفين ، خصوصاً الرياض[٣] ، فلاحظ وتأمّل ، والله العالم . ↑ ج ٢٦ / ٢٢٢

---

(١) رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٠٧ ـ ٣٠٨، مفتاح الكرامة: الصلح / الفصل الأوّل ج ١٧ ص ٥٣.

(٢) انظر هامش (١) من الصفحة السابقة.

(٣) انظر المصدر في الهامش قبل السابق.

﴿ولو كان معهما درهمان و[١]ادّعاهما أحدهما، وادّعى الآخر أحدهما، كان لمدّعيهما درهم ونصف وللآخر ما بقي﴾ لصحيح عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك؟ قال: فقال أبو عبدالله عليه السلام: أمّا الذي قال: هما بيني وبينك فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنّه لصاحبه، ويقسّم الدرهم الثاني بينهما نصفين»[٢].

ومثله مرسل محمّد بن أبي حمزة[٣].

المنجبر إرسالهما بالشهرة[٤]، مع أنّ في سنديهما ابني أبي عمير والمغيرة من أصحاب الإجماع[٥]، وإرسال أحدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح عند بعض[٦].

والمراد بكون الدرهمين «معهما» في الخبرين والمتن: أنّهما في أيديهما، ليتساويا في الدعوى؛ إذ لو كانا في يد أحدهما لقدّم

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: «ف».

(٢) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٣ الصلح بين الناس ح ١٢ ج ٦ ص ٢٠٨، وسائل الشيعة: باب ٩ من كتاب الصلح ح ١ ج ١٨ ص ٤٥٠.

(٣) تهذيب الأحكام: القضايا / باب ٩٢ من الزيادات ح ١٦ ج ٦ ص ٢٩٢، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش السابق).

(٤) كما في رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣١٠.

(٥) اختيار معرفة الرجال: ح ١٠٥٠ ص ٥٥٦.

(٦) كالسبزواري في الكفاية: كتاب الصلح ج ١ ص ٦١٠ ـ ٦١١، والطباطبائي في الرياض: (انظر الهامش قبل السابق).

قوله بيمينه.

نعم، ظاهر الخبرين والمتن وغيره[١] أنّ الحكم كذلك من غير يمين، وأنّه لا فرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كلّ منهما على الإشاعة أو بواحد منهما على التعيين، بل لعلّهما في الأوّل أظهر منهما في غيره.

لكن في التذكرة ـ بعد أن فرض موضوع المسألة دعوى أحدهما الدرهمين والآخر واحداً منهما ـ قال: «الأقرب أنّه لابدّ من اليمين، فيحلف كلّ واحد منهما على استحقاق نصف الآخر، الذي تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضي به للآخر. ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسّم بينهما نصفان[٢]»[٣]. واستحسنه في المسالك[٤]؛ لعموم: «... واليمين على من أنكر»[٥].

وفي الدروس: «لو كان معهما درهمان، فادّعاهما أحدهما وادّعى الآخر اشتراكهما، ففي الرواية المشهورة: للثاني نصف درهم وللأوّل الباقي، ويشكل إذا ادّعى الثاني النصف مشاعاً، فإنّه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للأوّل، وكذا كلّ مشاع»[٦].

---

(١) كالنهاية: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٣٥، والمختصر النافع: كتاب الصلح ص ١٤٤، وإرشاد الأذهان: الديون / في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.

(٢) في المصدر: نصفين.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / في اللواحق ج ١٦ ص ١٣٧.

(٤) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٦.

(٥) تقدّم في ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦.

(٦) الدروس الشرعيّة: الصلح / درس ٢٦٦ ج ٣ ص ٣٣٣.

وربّما أُشكل[١] ما في التذكرة: بعدم تماميّة إحلاف كلّ منهما في صورة الدعوى على الإشاعة؛ لاختصاص الحلف حينئذٍ بالثاني والبيّنة بالأوّل، ومع ذلك يستحقّ بعد الحلف تمام الدرهم لا النصف. وما فيها ج ٢٦ / ٢٢٣
والدروس أيضاً: بوجوب الخروج عن مقتضى القاعدة وتخصيصها بالخبرين المعتضدين بالفتوى.

بل ذلك كلّه كالاجتهاد في مقابلة النصّ والفتوى الظاهرين في عدم اليمين أصلاً، والصريحين أو كالصريحين ـ خصوصاً الخبرين منهما ـ في فرض موضوع المسألة في الإشاعة، بل ظاهرهما أنّ ذلك على وفق الضوابط العامّة، لا أنّه تعبّد صرف.

ومن هنا أمكن أن يقال: بأنّ الوجه في عدم اليمين من أحدهما تساويهما في اليد المقتضية لملك كلّ منهما الكلّ، المنافي لقاعدة عدم ملك المال المتّحد للمالكين، التي لا يختصّ الخروج عن التعارض فيها بالنصف الذي هو خلاف مقتضاها؛ لإمكان الحكم بكونه لواحد منهما ويستخرج بالقرعة أو بغير ذلك.

فاليد حينئذٍ ـ بعد أن كانت كذلك ـ لا تصيّر أحدهما منكِراً عليه اليمين، بل هما بعد أن تساويا من هذه الجهة صارا بحكم من لا يد لأحدهما، والمتّجه فيه قسمة المال بينهما نصفين؛ قطعاً للدعوى، فهو كالصلح القهري بينهما بذلك.

لا أنّ النصف مقتضى يد أحدهما حتّى يكون منكراً بالنسبة

---

(١) كما في رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣١١.

إلى دعوى الآخر عليه، وكذا العكس ـ فيكونان كالمدّعي من وجه والمنكر من آخر، فيتحالفان ـ ضرورة ثبوت الحكم المزبور في غير ذوي الأيدي، كما تسمعه في الوديعة وفي التداعي في المال المطروح ونحوهما.

واليد إنّما قضت بالجميع، ومعارضتها بالأُخرى لا تقتضي تنزيلها على النصف الذي هو خلاف مقتضاها. وحينئذٍ فليس النصف المحكوم به في النصّ والفتوى إلّا لقطع الخصومة بينهما بذلك بالعدل والإنصاف؛ لعدم تحقّق الدعوى من أحدهما والإنكار من آخر، لكون المفروض تساويهما من كلّ وجه.

ففي الحقيقة ليس إلّا دعوى واحدة وهي ملكيّة الدرهم، إلّا أنّ أحدهما يدّعي أنّها له والآخر كذلك، ولا ترجيح لأحدهما بعد معارضة يد كلّ منهما للأُخرى، الموجب للتساقط، نحو البيّنتين المتعارضتين من كلّ وجه.

فيقسّم المال بينهما على احتماله فيهما بحسب دعواهما، فإن كانا اثنين فالنصف، وإن كانوا ثلاثة فالثلث ... وهكذا؛ قطعاً للخصومة ↑
بينهما بالعدل والإنصاف، فهو كالصلح القهري؛ ولعلّه لذا ذكر الأصحاب ج٢٦ / ٢٢٤
هذه المسألة وما شابهها في هذا الكتاب.

ومنه يعلم الوجه حتّى في الدعوى بالإشاعة؛ ضرورة أنّها لا تنافي الإقرار بالدرهم الكلّي المشاع المنطبق على نصفي الدرهم والثلثين من درهم والثلث من آخر ... وهكذا، فيبقى النزاع بينهما في الدرهم

الآخر على إشاعته، فيدّعيه المقرّ له بالدرهم الأوّل مضافاً إلى ذلك الدرهم، والآخر يدّعيه له، فيقسّم بينهما نصفين على الإشاعة؛ للقاعدة التي ذكرناها، التي قد أُومئ إليها في الخبرين السابقين، المعتضدين بالفتوى المجرّدة عن ملاحظة اقتضاء اليد، الموجبة للتوهّم: أنّ مدّعي الدرهم الآخر ـ المنضمّ إلى ما اقتضته يده من النصف، الذي هو درهم أيضاً مشاع ملفّق ـ مدّعٍ صرف، والآخر منكر باعتبار أنّه قد ادّعي عليه ما اقتضته يده، فيحلف ويستحقّ النصف المشاع وهو الدرهم الملفّق.

إذ قد عرفت إلغاء اليد في المقام، وأنّ الحكم بالنصف نصّاً وفتوى لقطع الخصومة بينهما بعد تساويهما من كلّ وجه، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق جدّاً.

وبه يظهر الوجه فيما في النصّ والفتوى الصريحين في الإشاعة وأنّه ليس ذلك من باب التعبّد، كما لا يخفى على من تأمّل الخبرين والفتاوى.

ومنه يعلم الوجه فيما ذكره المصنّف وغيره[1] ـ بل المشهور[2] ـ من قوله: ﴿وكذا﴾ الحكم فيما ﴿لو أودعه إنسان درهمين، وآخر

---

(١) كالشيخ في النهاية: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٣٦، وابن إدريس في السرائر: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٦٩، والعلّامة في الإرشاد: الديون / في الصلح ج ١ص ٤٠٤.

(٢) كما في الدروس الشرعيّة: (انظر عبارته الآتية)، والتنقيح الرائع: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٠٤، والروضة البهيّة: كتاب الصلح ج ٤ ص ١٨٣، وكفاية الأحكام: كتاب الصلح ج ١ ص ٦١١.

درهماً، وامتزج الجميع ثمّ تلف درهم﴾ فإنّ لذي الدرهمين درهماً منهما لا احتمال فيه، وأمّا الآخر فهو محتمل لكلّ منهما ولا مرجّح، فالعدل بينهما قسمته نصفين بينهما.

للقاعدة التي عرفتها، وأكّدها هنا خبر السكوني عن الصادق عليه السلام[1]: «في رجل استودعه رجل دينارين، واستودعه آخر ديناراً، فضاع دينار منهما؟ فقال: يعطى صاحب الدينارين ديناراً، ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»[2].

بل ظاهره عدم اعتبار الامتزاج في هذا الحكم بل يكفي الاشتباه، كما أنّ ظاهره ذلك وإن لم تتصادم دعواهما في الدينار، وأنّه لا يمين على أحد منهما، خصوصاً مع عدم علم كلّ واحد منهما بعين حقّه.

لكن في المسالك استشكله ـ مع ضعف المستند ـ بـ «أنّ التالف ↑ ج ٢٦ / ٢٢٥ لا يحتمل كونه منهما، بل من أحدهما خاصّة؛ لامتناع الإشاعة هنا، والموافق للقواعد الشرعيّة هنا القول بالقرعة، ومال إليه في الدروس إلّا أنّه تحاشى عن مخالفة الأصحاب»[3].

قلت: قال في الدروس: «ولو أودعه واحد دينارين، وآخر

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: «عن أبيه»، وفي بعضها: «عن أبيه عن آبائه»، وفي بعضها: «عن أبيه عن عليّ عليه السلام».

(٢) من لايحضره الفقيه: القضايا / باب الصلح ح ٣٢٧٨ ج ٣ ص ٣٧، تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٣ الصلح بين الناس ح ١٤ ج ٦ ص ٢٠٨، وسائل الشيعة: باب ١٢ من كتاب الصلح ح ١ ج ١٨ ص ٤٥٢.

(٣) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٦.

ديناراً، فضاع دينار واشتبه، ففي رواية السكوني: لصاحب الدينار نصف دينار وللآخر الباقي، والعمل بها مشهور، وهنا الإشاعة ممتنعة. ولو كان في أجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً».

«ولم يذكر الأصحاب في هاتين المسألتين يميناً، وذكروهما في باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهريّاً، وجائز أن يكون اختياريّاً، فإن امتنعا فاليمين».

«والفاضل في أحد أقواله يحكم في مسألة الوديعة بأنّ الدينارين الباقيين بينهما أثلاثاً كمختلط الأجزاء، وفيه بُعد، ولو قيل بالقرعة أمكن»[١].

وفيه: أنّها عند الإشكال، ولا إشكال بعد النصّ والفتوى والقاعدة التي أشرنا إليها في قسمة المال بين مدّعييه ـ قلّوا أو كثروا ـ بالسويّة، بعد فرض استوائهم في قطع الدعوى بذلك، المنزّل منزلة الصلح القهري فيما بينهم.

ومنه يعلم: ما في احتمال كونه اختياريّاً؛ ضرورة إمكان القطع بعدمه من النصّ والفتوى، كالقطع بعدم اليمين في جميع الصور، حتّى المسألة الأُولى التي حصل الاشتباه في مالك المال من تعاقب أيديهما ـ المقتضية ملك كلّ واحد منهما ـ بعد معلوميّة عدم ملكيّة المال المتّحد لمالكين.

وإبطال اقتضاء كلّ من اليدين في النصف، ليس بأولى من القول

---

(١) الدروس الشرعيّة: الصلح / درس ٢٦٦ ج ٣ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

بحصول الاشتباه في مالك الكلّ، الذي هو مقتضى يد كلّ منهما، فيكون مالاً مشتبهاً دائراً بينهما تأتي فيه القاعدة السابقة.

وأمّا ما حكاه عن الفاضل فهو ـ كما ذكر ـ في غاية البعد مع فرض الاشتباه بدون امتزاج؛ ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك.

أمّا مع فرضه فقد يقال: بأنّه كالممتزج من الحبوب حينئذٍ. اللّهمّ إلّا أن يدّعى حصول الشركة بها[1] قهراً شرعاً، بخلاف غيره[2] من الدراهم ونحوها، لكنّه كما ترى.

↑ ج ٦ / ٢٢٦ فالأولى فرض مسألة المتن بدون امتزاج كما في النصّ، أمّا معه ـ وقلنا بحصول الشركة به مطلقاً ـ فالمتّجه فيه حينئذٍ حكم الأقفزة في كون التالف على النسبة.

واحتمال[3] الفرق: بالقطع في الحبوب بكون التالف منهما، بخلافه في مسألة الدرهم.

يدفعه أوّلاً: أنّه لا قطع بكونه على النسبة في الحبوب؛ إذ يمكن التفاوت.

وثانياً: عدم المدخليّة لذلك بعد فرض الدليل شرعاً على حصول الشركة بالامتزاج في المثليّات على وجهٍ يرفع التمييز.

وقد ظهر لك من ذلك كلّه: أنّ الحكم المزبور في هذه المسائل

(١) الأولى التعبير بـ «به» أو «فيها» لرجوع الضمير إلى «الامتزاج» أو «الحبوب».

(٢) الأولى التعبير بـ «غيرها» أي: الحبوب.

(٣) كما في مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٧، ورياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣١٣.

ـ التي قد عرفت اتّفاق النصّ والاعتبار والمعظم من الفتوى عليه ـ قائم مقام الصلح فيها بالنسبة إلى قطع المخاصمة، ولهذه المناسبة ذكرها الأصحاب في كتابه.

ومن ذلك: المسألة الثالثة ﴿و﴾ هي ما ﴿لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً، ولآخر ثوب بثلاثين درهماً، ثمّ اشتبها؛ فإن خيّر أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وإن تعاسرا بيعا وقسّم ثمنهما بينهما، فأُعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة وللآخر ثلاثة﴾ التي قد أفتى المشهور[1] فيها بذلك.

لخبر إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب، وآخر عشرين درهماً في ثوب، فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه؟ قال: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن. قلت: فإنّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيّهما شئت؟ قال: قد أنصفه»[2]. المنجبر بالشهرة، مع احتمال صحّة سندها في طريق الصدوق[3]، بل والشيخ[4].

---

(١) كما في مسالك الأفهام: (انظره في الهامش السابق)، ومجمع الفائدة والبرهان: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٤٥، ونسبه إلى المعظم في الدروس الشرعيّة: الصلح / درس ٢٦٦ ج ٣ ص ٣٣٢.

(٢) الكافي: القضاء / باب النوادر ح ٢ ج ٧ ص ٤٢١، من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الصلح ح ٣٢٧٧ ج ٣ ص ٣٦، تهذيب الأحكام: القضايا / باب ٩٢ من الزيادات ح ٥٤ ج ٦ ص ٣٠٣، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الصلح ح ١ ج ١٨ ص ٤٥١.

(٣ و ٤) انظر الهامش السابق.

فما عن ابن إدريس[١]: من القرعة ـ ومال إليه في المسالك[٢] ـ في غير محلّه ؛ ضرورة عدم الإشكال بعد ما عرفت ، معتضداً بالاعتبار الذي يقضي بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك .

بل لو لم يشتبها وبيعا معاً ، كان الثمن موزّعاً على حسب قيمتهما ، إلّا أنّ الظاهر من النصّ والفتوى عدم اعتبار المعيّة في بيعهما في الحكم المزبور ، بل ظاهرهما صيرورة مالكيهما كالشريكين ، باعتبار احتمال تملّك كلّ منهما لكلّ منهما ، فهما بمثابة الشريكين فيهما على نسبة قيمتهما .

فما في التذكرة من أنّه «إن بيعا منفردين وتساويا في الثمن فلكلّ ↑
واحد ثمن ثوب ولا إشكال ، وإن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمةً ، ج ٢٦ / ٢٢٧
وكذا الأقلّ ، بناءً على الغالب . وإن بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة إجباريّة ، كما لو امتزج الطعامان ، فيقسّم الثمن على رأس المال»[٣] . كالاجتهاد في مقابلة النصّ ـ المعتضد بفتوى المعظم ـ المقتضي صيرورتهما بمثابة الشريكين على كلّ حال .

ولذا قال في الدروس ـ بعد حكاية ذلك عنه ـ : «ويلزم على هذا ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معاً أو منفردين ؛ إذ الحكم مختلف ،

---

(١) السرائر: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٦٩.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / في اللواحق ج ١٦ ص ١٣٩ (بتصرّف).

ويظهر أنّه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع، والرواية مطلقة في البيع، ويؤيّدها: أنّ الاشتباه مظنّة تساوي القيمتين، فاحتمال تملّك كلّ منهما لكلّ منهما قائم، فهما بمثابة الشريكين»[١].

نعم، ما فيها ـ أي الدروس ـ من أنّه «إن عملنا بالرواية ففي تعدّيها إلى الثياب والأمتعة والأثمان المختلفة، نظر: من تساوي الطريق في الجميع وعدمه. والأقرب القرعة هنا»[٢].

مخالف لقولهم عليهم السلام: «علينا أن نلقي إليكم الأُصول، وعليكم أن تفرّعوا»[٣]، و«... لا يكون الفقيه فقيهاً حتّى نلحن له في القول فيعرف ما نلحن له»[٤]، ولظهور إرادة التعليم منها.

مؤيّداً ذلك كلّه: بموافقة ما فيها للاعتبار، ومناسبته لما سمعته سابقاً ممّا شرّع لقطع التنازع والتخاصم، فالأقوى حينئذٍ التعدية، هذا.

وربّما ظهر من الحكم في هذه المسألة أنّه من بيان موضوعات الأحكام، لا من باب المرافعات؛ ضرورة عدم ميزان للحكم فيها من البيّنة أو اليمين. ولعلّ الأمر في المسائل السابقة كذلك أيضاً، فلا يتوجّه ما سمعته سابقاً من بعضهم من اليمين، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

---

(١) الدروس الشرعيّة: الصلح / درس ٢٦٦ ج ٣ ص ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

(٢) المصدر السابق: ص ٣٣٣.

(٣) مستطرفات السرائر: جامع البزنطي ح ٢٠ ص ٥٧. وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٥١ ج ٢٧ ص ٦١.

(٤) الغيبة (للنعماني): باب ١٠ ما روي في غيبة المنتظر عليه السلام ح ٢ ص ١٤١. مستدرك الوسائل: باب ١٥ من أبواب صفات القاضي ح ٥ ج ١٧ ص ٣٤٤.

﴿وإذا بان أحد العوضين﴾ المعيّنين في العقد ﴿مستحقّاً﴾ للغير أو غير قابل للعوضيّة كالخمر والخنزير ﴿بطل الصلح﴾ بلا خلاف[١] ولا إشكال؛ ضرورة أنّهما من أركان هذا الصلح الذي قد وقعا فيه، وإن لم نقل: إنّه يعتبر في الصلح العوض ـ لقيامه مقام الهبة والعارية ـ إلّا أنّ الحكم بصحّته منهما هنا غير ما قصدا فيه، فالمقصود حينئذٍ لم يصحّ ↑ ج ٢٦ / ٢٢٨ بالفرض، والذي فرض صحّته غير مقصود.

ولا يقاس ما هنا على المهر في النكاح، الذي فساده فيه لا يقتضي فساد العقد؛ باعتبار كونه ليس من الأركان فيه، بل يرجع إلى مهر المثل.

لحرمة القياس أوّلاً.

ولعدم عوض مقرّر شرعاً هنا ـ كمهر المثل الذي يرجع إليه عند فرض عدم المهر ـ ثانياً.

ولكون المهر في عقد النكاح ـ بعد أن دلّ الدليل على عدم فساد العقد بفساده ـ صار كالملتزم المستقلّ عن العقد بالنسبة إلى الحكم المزبور، بخلاف المقام الذي لا دليل فيه كذلك وإن ثبت وقوع الصلح بلا عوض، كما هو واضح.

ولا فرق عندنا بين القصاص وغيره في الحكم بالبطلان حتّى مع علم المصالح بفساد العوض، خلافاً لبعض العامّة: فأسقط استحقاق

---

(١) كما في رياض المسائل: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣١٥.

القصاص به[١]. وهو ـ كما ترى ـ مقتضٍ لترتّب الأثر على الفاسد.

نعم، المنساق من العوض في المتن وغيره[٢] ما قيّدنا به العبارة من كونه معيّناً، أمّا إذا كان مطلقاً فظهر استحقاق المدفوع عنه ـ مثلاً ـ رجع بدله كالبيع، ولا فساد في العقد. كما أنّه لو ظهر في المعيّن عيب مثلاً تخيّر في الفسخ ولا بطلان؛ لكون الصحّة فيهما باعتبار الانسياق إليها كالمذكورة وصفاً فيهما، فمع فرض عدمها يثبت الخيار؛ لقاعدة نفي الضرر وغيرها.

نعم، في تخيّره بين الفسخ وبين الأرش كما في البيع إشكال، أقواه العدم؛ لحرمة القياس، بعد اختصاص الدليل بالبيع، الذي لا يدخل فيه الصلح على الأصحّ. ودعوى ـ أنّ ثبوته أيضاً من قاعدة نفي الضرر كالخيار ـ واضحة المنع؛ ضرورة أنّها لا تقتضي إلّا عدم اللزوم المترتّب عليه الضرر.

ومن ذلك يعلم: ثبوت كلّ خيار في البيع في الصلح إذا كان دليله قاعدة نفي الضرر أو غيرها ممّا يصلح لتناول الصلح، كخيار الغبن ـ الذي قد صرّح بثبوته هنا غير واحد[٣] ـ وتخلّف الوصف وعدم الوفاء بالشرط واشتراط الخيار ... ونحو ذلك، بخلاف ما اختصّ دليله بالبيع

---

(١) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٢٧، الشرح الكبير: ج ٥ ص ١٦ ـ ١٧.

(٢) كالمختصر النافع: كتاب الصلح ص ١٤٤، وإرشاد الأذهان: الديون / في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.

(٣) كالشهيد الأوّل في الدروس: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٣١، والشهيد الثاني في المسالك: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٨، والطباطبائي في الرياض: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣١٥.

كخيار المجلس والحيوان ونحوهما، بناءً على عدم فرعيّة الصلح للبيع، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا إشكال في أنّه ﴿يصحّ الصلح على عين ↑ ج ٢٦/٢٢٩
بعين أو منفعة، وعلى منفعة بعين أو منفعة﴾ للعمومات المقتضية لذلك ولغيره من الصلح عن الحقّ إسقاطاً أو نقلاً ـ كحقّ الخيار وحقّ التحجير وحقّ الشفعة ـ بحقٍّ مثله أو عينٍ أو منفعةٍ ... أو غير ذلك من صور الاختلاط.

بل الظاهر أنّها تقتضي صحّة الصلح عن كلّ حقّ حتّى يعلم عدم جواز إسقاطه أو نقله شرعاً، ولذلك أفراد كثيرة؛ كحقّ السبق إلى الوقف وحقّ القذف والغيبة وحقّ الرجوع في الطلاق وفي البذل ... وغير ذلك ممّا تسمعه في تضاعيف هذا الكتاب وغيره.

نعم، الظاهر في كثير من الحقوق صحّة الصلح لإسقاطها لا نقلها، بل لو شكّ فيه أمكن القول بعدم مشروعيّته بعمومات الصلح، فتأمّل جيّداً.

﴿ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صحّ و﴾ إن ﴿لم يكن﴾ ثَمَّ قبض في المجلس؛ لما عرفت من عدم كون الصلح ﴿فرعاً للبيع﴾ عندنا ﴿و﴾ أنّه ﴿لا يعتبر فيه ما يعتبر في﴾ بيع ﴿الصرف على الأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده. وكذا لو قام مقام بيع السلم لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس.

إلى غير ذلك من الأحكام المختصّة بالبيع؛ حتّى الربا بناءً على أنّه

منها. نعم، لو قلنا بشموله لجميع المعاوضات اتّجه حينئذٍ جريانه في الصلح ﴿و﴾ قد تقدّم تحقيق ذلك في كتاب البيع[١].

إلّا أنّه على كلّ حال ﴿لو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم﴾ مثلاً ﴿فصالحه عنه على درهمين﴾ أو أقلّ من الدرهم ﴿صحّ على الأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، والأشهر، بل في الدروس: المشهور[٢] ﴿لأنّ الصلح وقع عن الثوب﴾ أو عن قيمته الكلّيّة التي لا تختصّ بالدرهم ﴿لا عن الدرهم﴾ الذي لم يثبت في الذمّة.

لكن في المسالك في شرح هذه العبارة ـ تبعاً لجامع المقاصد[٣] بل والدروس[٤] ـ: «هذا إنّما يتمّ على القول بضمان القيمي بمثله؛ ليكون الثابت في الذمّة ثوباً ويكون هو متعلّق الصلح، أمّا على القول الأصحّ من ضمانه بقيمته فاللازم لذمّة المتلف إنّما هو الدرهم، فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل، وهو الأقوى»[٥]. بل في الدروس: «انّه لذلك أبطله في الخلاف والمبسوط»[٦]. ↑ ج ٢٦ / ٢٣٠

وفيه: أنّ المعلوم من مذهب المصنّف ضمان القيمي بقيمته، لا بمثله الذي هو مذهب نادر، وليس ما في كلام المصنّف والفاضل ـ بل

---

(١) في ج ٢٤ ص ٦٣٣...

(٢) الدروس الشرعيّة: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٢٩.

(٣) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٤١٤.

(٤) المصدر قبل السابق.

(٥) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٠.

(٦) المصدر قبل السابق.

المشهور كما سمعت ـ مبنيّاً على ذلك، بل هو:

إمّا لأنّ الثابت في القيمي في الذمّة نفسه، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت ...»[1]، بل وقوله: «من أتلف ...»[2] إلى آخره، وإن كان الواجب دفع القيمة عنه عوضاً شرعيّاً؛ لعدم إمكان أداء نفسه وعدم معرفة مثل له حتّى يكون أقرب من القيمة، فالصلح حينئذٍ إذا وقع يقع عنه لا عن قيمته. وليس هذا قولاً بكون القيمي يضمن بمثله الذي هو معنى وجوب تأدية المثل التسامحي عرفاً.

أو لأنّه وإن قلنا بكون الثابت في الذمّة قيمته إلّا أنّها غير متعيّنة في خصوص الدراهم، وإن كان لو اُدّيت منها كانت قيمته درهماً ومن الدينار كذا ومنهما كذا. وهذا لا يقضي بكون الثابت في الذمّة الدرهم بخصوصه، كي يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا؛ لكون الصلح فرع البيع، أو لأنّ الربا يعمّ المعاوضات أجمع، فيكون المراد من «الثوب» في المتن قيمته حينئذٍ.

ولعلّ غرض المصنّف والفاضل وغيرهما ممّن تعرّض لهذه المسألة التعريض بما سمعته من الخلاف والمبسوط.

نعم، قد يقال: بعدم الصحّة على هذا الوجه لو فرض أنّ النقد الغالب من جنس ما صالح به، بناءً على كونه حينئذٍ هو الثابت، بخلاف ما إذا تعدّد الجنس واستويا بأن كان دراهم ودنانير، والله العالم.

---

(١) تقدّم في ص ٣٠٩.

(٢) تقدّم في ص ١٩٦.

﴿ولو ادّعى داراً، فأنكر من هي في يده، ثمّ صالحه المنكر﴾ عن إسقاط دعواه ﴿على سكنى سنة﴾ مثلاً ﴿صحّ﴾ بلا خلاف ولا إشكال عندنا ﴿ولم يكن لأحدهما الرجوع﴾ عن ذلك؛ لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلّة اللازمة.

﴿وكذا لو أقرّ له﴾ المدّعي ﴿بالدار، ثمّ صالح﴾ المنكر المدّعي المقرّ على سكنى سنة، أو أنّ المراد: أقرّ من هي في يده ثمّ صالحه المقرّ ↑
له على سكنى المقرّ سنة. ج ٢٦ / ٢٣١

وعلى كلّ حال، فهو صحيح بناءً على عدم اعتبار العوض في صحّته، بل ولازم بناءً على ما سمعت من كونه عقداً مستقلّاً برأسه، مندرج تحت: «أوفوا بالعقود»[1] وغيره من أدلّة اللزوم.

﴿و﴾ لكن ﴿قيل﴾ والقائل الشافعي من العامّة[2] والشيخ من الخاصّة[3]: ﴿له الرجوع؛ لأنّه هنا فرع العارية﴾ إذ هو إباحة منفعة بلا عوض.

﴿و﴾ قد عرفت سابقاً أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، وأنّ إفادة عقدٍ مفاد آخر لا تقتضي لحوق أحكامه. على أنّ الصلح هنا يقتضي ملك المنفعة لا إباحتها.

ولقد أفصح عن ذلك كلّه في الدروس بقوله: «ولو ادّعى داراً فأقرّ له

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) المجموع: ج ١٣ ص ٣٨٧.

(٣) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٤.

بها، فصالحه على سكنى المقرّ سنة صحّ، ولا رجوع إن جعلناه أصلاً وجوّزناه بغير عوض، ولو أنكر فصالحه المدّعى عليه على سكنى المدّعي سنة فهو أولى بعدم الرجوع؛ لأنّه عوض عن دعواه، وكذا لو كان الساكن المنكر؛ لأنّه عوض عن جحوده هذا»[١].

ولكن في المسالك: «وإنّما قيّد المصنّف بإنكار من هي في يده ـ مع جواز الصلح مع الإقرار والإنكار ـ ليتصوّر كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ؛ لأنّه جعله إباحة منفعة بغير عوض».

«أمّا لو أقرّ له بها فإنّ الصلح وإن جاز إلّا أنّ المنفعة يقابلها عوض وهو العين، فلا يتحقّق العارية».

«مع أنّ الشافعي لمّا شرط في صحّة الصلح الإقرار، وجعله فرعاً على العقود الخمسة، مثّل للعارية بما ذكر هنا مع كون المدّعى عليه مقرّاً. ووجهه: أنّ العوضين من واحد، فكان الحكم راجعاً إلى العارية»[٢].

ولا يخفى عليك ما فيه من وجوه النظر، بل لا يكاد يتصوّر له وجه صحّة، حتّى ما حكاه عن الشافعي؛ فإنّ المنقول عنه في التذكرة مثالاً لذلك هو «أن يكون في يده دار فيقرّ له بها، فيصالحه على سكناها شهراً»[٣] فإنّه ـ سواء أراد سكنى من في يده المقرّ بها للغير، أو سكنى

---

(١) الدروس الشرعيّة: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٣١.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / في ماهيّته ج ١٦ ص ٧.

المدّعي الذي فرض إقراره بها لمن هي في يده ـ غير ما سمعته عنه عند التأمّل، والأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحال.

إنّما الكلام: في صحّة هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض، وكذا الصلح القائم مقام الهبة، كما لو قال: «صالحتك عن هذه الدار» (ج ٢٦ / ٢٣٢) فيقول الآخر: «قبلت»، نحو قوله في القائم مقام العارية: «صالحتك عن منفعة هذه الدار سنةً» مثلاً، فيقول الآخر: «قبلت»، فيصحّ صلحاً لازماً ... وهكذا، فإنّ ما سمعته من الدروس صريح في التردّد فيه.

بل صرّح الفاضل في غير واحد من كتبه: بأنّ من أركانه المصالح عنه والمصالح به[1].

بل في موضع من التذكرة: «أنّه معاوضة إجماعاً»[2].

بل أرسله الكركي وغيره[3] إرسال المسلّمات، قال: «قيل عليه: إنّ الصلح إذا وقع موقع الإبراء ـ كما لو صالحه من الحقّ على بعضه ـ فإنّه صحيح؛ لعموم شرعيّة الصلح، وليس فيه عوضان. قلنا: يكفي في المغايرة الجزئيّة والكلّيّة»[4].

بل ربّما كان في قوله تعالى: «لا[5] تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا

---

(١) تذكرة الفقهاء: الصلح / في الأركان ج ١٦ ص ١٧، قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الأوّل ج ٢ ص ١٧٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: الصلح / في ماهيّته ج ١٦ ص ٨.

(٣) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الصلح / الفصل الأوّل ج ١٧ ص ٣٣.

(٤) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٤١١.

(٥) في بعض النسخ: ولا.

أن تكون تجارة عن تراضٍ»[١] إشعار به، بناءً على إرادة المعاوضة من التجارة. وإن كان فيه ما فيه.

كما أنّ في الاكتفاء بالجزئيّة والكلّيّة في تحقّق المعاوضة ما لا يخفى؛ وإلّا لكفت في غير الصلح من عقودها، على أنّه لا يتمّ في القائم مقام العارية، كما في نحو المقام. بل منه يعلم ما في دعوى كونه من عقود المعاوضة.

مضافاً إلى خلوّ نصوص المقام عن اعتبار ذلك فيه، بل ربّما ظهر منها خلافه كما لا يخفى على من لاحظها، بل قد يدّعى كون المستفاد منها أنّ كلّ ما يتّفقان عليه ويصطلحان عليه ـ ممّا لم يكن فيه تحليل حرام أو بالعكس ـ كان من الصلح الجائز، وجرت عليه أحكام عقد الصلح من اللزوم وغيره.

وإن كان مقتضى ذلك عدم اختصاص ما يقوم الصلح مقامه بخمسة: البيع والإجارة والهبة والعارية والإبراء ـ كما هو ظاهر جماعة[٢]، بل صريح الكركي في حاشية الكتاب[٣] ـ ضرورة كون المتّجه حينئذٍ قيام الصلح مقام المضاربة وغيرها، وفائدته اللزوم وغيره من أحكام الصلح.

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) منهم الشهيد الثاني في المسالك: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٩، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٩٢ ج ٣ ص ١٢٢.

(٣) صرّح بجواز الصلح في الإقالة وفي الشركة، انظر فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ١٩٠.

إلّا أنّي لم أر مصرّحاً به، كما أنّي لم أر تحريراً لهذه المسألة في كلامهم، بل ولا أنّ المراد بالمعاوضة فيه الصوريّة لا الحقيقيّة؛ بمعنى: أنّه عند تأليف عقده لابدّ فيه من صورة مصالح عنه ومصالح به، وعلى تقديره فليس في الأدلّة ما يقوم بذلك.

ج ٢٦ / ٢٣٣ والمتّجه: ما عرفت من عدم اعتبارها فيه صورةً وحقيقةً إن لم يكن إجماع على خلافه.

ولعلّ ما ذكره غير واحد[1] من صحّة الصلح عمّا في الذمّة بالأنقص في غير الربوي ـ بل وفيه حتّى على القول بعمومه له ـ باعتبار كون هذا الصلح ليس معاوضة، بل هو في معنى الإبراء كما اعترف به في الدروس[2]، مستدلاً عليه بقول النبيّ صلى الله عليه وآله لكعب بن مالك لمّا تخاصم مع آخر: «اترك الشطر واتبعه ببقيّته ...»[3]، وبأنّه روي عن الصادق عليه السلام[4] ما يشهد لذلك في الجملة.

بل الظاهر عدم الفرق بين أن يكون صورته: «صالحتك على ألف بخمسمائة» أو «بهذه الخمسمائة» وإن ظهرت فيها صورة المعاوضة، لكنّ الأقوى جوازها أيضاً؛ لاشتراكهما في الغاية.

(١) كالعلّامة في التحرير: في الصلح ج ٣ ص ١٢.
(٢) الدروس الشرعيّة: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٢٨.
(٣) درر اللآلي: ج ١ ص ٣٧٢، مستدرك الوسائل: باب ٤ من كتاب الصلح ح ٢ ج ١٣ ص ٤٤٤، وانظر سنن أبي داود: ح ٣٥٩٥ ج ٣ ص ٣٠٤.
(٤) دعائم الإسلام: البيوع / أحكام الديون ح ١٧٥ ج ٢ ص ٦٢. وانظر «المستدرك» في الهامش السابق: ح ١ ص ٤٤٣.

نعم، الأقرب ـ كما في الدروس[١] ـ الافتقار إلى قبول الغريم هنا، وإن لم يشترط في الإبراء القبول؛ لأجل إتمام عقد الصلح.

وعلى كلّ حال، فممّا ذكرنا يظهر لك: أولويّة الجواز فيما لو صالح على المؤجّل بإسقاط بعضه حالاًّ، وإن كان بجنسه، كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب؛ لما عرفت من عدم كونه معاوضة، فلا يجري فيه الربا.

لكن في الدروس ـ بعد اعترافه بإطلاق الأصحاب الجواز ـ قال: «وهو إمّا لأنّ الصلح هنا ليس[٢] معاوضة، أو لأنّ الربا يختصّ البيع، أو لأنّ النقيصة في مقابل الحلول»[٣].

وفي الثاني منهما: أنّه لا يتمّ؛ لفتوى جماعة[٤] أو المشهور بعموم الربا، بل والثالث: بأنّ ذلك يقتضي جوازه في البيع، ولا يقولون به، فليس إلّا الأوّل الذي هو قد أفتى به[٥] في الصلح عن الحالّ ببعضه، فضلاً عن المؤجّل.

وعلى كلّ حال، فلو ظهر استحقاق العوض أو تعيّبه فردّه فالأقرب أنّ الأجل بحاله.

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) هذه الكلمة ليست في المصدر.

(٣) الدروس الشرعيّة: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٣١.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: الصلح / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٤١٣، والشهيد الثاني في المسالك: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٦٩.

(٥) الدروس الشرعيّة: الصلح / درس ٢٦٦ ج ٣ ص ٣٣٤.

ولو ادّعى على الميّت ولا بيّنة فصالح الوصي تبع المصلحة، وما عن ابن الجنيد من إطلاق المنع[1] في غير محلّه، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو ادّعى اثنان﴾ مثلاً ﴿داراً في يد ثالث﴾ مثلاً متّفقين على التصريح بأنّ ملكهما لها ﴿بسبب موجب للشركة﴾ بينهما ﴿كالميراث، فصدّق المدّعى عليه أحدهما﴾ بمقدار حقّه دون الآخر، كان ذلك مشتركاً بينهما ولا يختصّ به المقرّ له؛ لما عرفت من اتّفاقهما على اتّحاد السبب بالنسبة إليهما على وجهٍ يمتنع استحقاق أحدهما دون الآخر؛ ضرورة عدم الفرق بين الكلّ والبعض في الشركة بعد فرض اتّحاد السبب الذي لا فرق في اقتضائه الشركة بينهما، فمع فرض إقرار المتشبّث بأنّ نصف الدار ليس له كان حينئذٍ من مخلّفات الميّت باتّفاقهما، ولا معارض لهما فيه، فيشتركان فيه. وتخصيص ذي اليد له بأحدهما غير مجدٍ، بعد اتّفاقهما فيما بينهما على مقتضي الشركة في المقرّ به، وإنّما نفع إقراره رفع يده عنه. (ج ٢٦ / ٢٣٤)

﴿و﴾ حينئذٍ فإذا ﴿صالحه على ذلك النصف﴾ الذي أقرّ له به ﴿بعوض؛ فإن كان بإذن صاحبه﴾ ولو لاحقاً ﴿صحّ الصلح في النصف أجمع وكان العوض﴾ مشتركاً ﴿بينهما، وإن كان بغير إذنه صحّ في حقّه وهو الربع﴾ خاصّة ﴿وبطل في حصّة الشريك وهو الربع الآخر﴾ هذا كلّه مع التصريح منهما بالسبب المقتضي للتشريك.

﴿أمّا لو ادّعى كلّ واحد منهما النصف من غير سبب موجب

---

(١) نقله عنه الشهيد في الدروس: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٣١ ـ ٣٣٢.

للشركة﴾ كما لو قال أحدهما: «لي النصف بالإرث والآخر بالشراء» ﴿لم يشتركا فيما يقرّ به لأحدهما﴾ لعدم المقتضي لها بعد فرض أنّ سبب ملك كلّ منهما غير الآخر، وإنّما الاشتراك قد جاء من جهة الإشاعة.

نعم، لو قالا: «اشتريناها معاً» أو «اتّهبناها وقبضناها معاً» ففي التذكرة: «الأقرب أنّه كالإرث؛ لاشتراك السبب، وهو أحد قولي الشافعيّة. والثاني أنّهما لا يشتركان فيما أقرّ به؛ لأنّ البيع بين اثنين بمنزلة الصفقتين، فإنّ تعدّد المشتري يقتضي تعدّد العقد، وكان بمنزلة ما لو ملكا بعقدين»[١].

هذا خلاصة ما يقال في توضيح ما ذكره المصنّف وجماعة في القسمين.

ولكن في المسالك: «فيه بحث؛ لأنّه لا يتمّ إلّا على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة كالإقرار، وهم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع والمصالح، حتّى لو باع ابتداءً مالك النصف نصف العين مطلقاً انصرف إلى (نصفه خاصّة، لا النصف المشاع بينه وبين شريكه)[٢]».

---

(١) تذكرة الفقهاء: الصلح / في التنازع ج ١٦ ص ٩٧.

(٢) في المصدر بدل ما بين القوسين: «نصيبه، ووجّهوه: بأنّ اللفظ من حيث هو وإن تساوت نسبته إلى النصفين إلّا أنّه من خارج قد ترجّح انصرافه إلى النصف المملوك للبائع؛ نظراً إلى أنّ إطلاق البيع إنّما يحمل على المتعارف في الاستعمال وهو البيع الذي يترتّب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين، ولا يجري ذلك إلّا في المملوك».

«بخلاف الإقرار، فإنّه إخبار عن ملك[1] لشيء، فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره، وحينئذٍ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقرّ له خاصّة، فيصحّ في جميع الحصّة بجميع العوض، ويبقى المنازعة بين الآخر والمتشبّث». ج ٢٦ / ٢٣٥

«هذا إذا وقع الصلح على النصف مطلقاً أو النصف الذي هو ملك للمقرّ له، أمّا لو وقع على النصف الذي أقرّ به المتشبّث توجّه قول الجماعة؛ لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة، والصلح وقع على المقرّ به، فيكون تابعاً له فيها».

«وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم، لئلّا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها، وهذا توجيه حسن لم ينبّهوا عليه»[2].

قلت: لا يخفى عليك ما فيه: من أنّ ما ذكروه من قاعدة الانصراف المزبور فيما إذا كان متعلّق البيع مقدار حقّ الشريك البائع، لا في نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للبائع، والفرض أنّ مورده النصف.

على أنّ عبارة المتن وغيرها كالصريحة في كون المراد النصف الذي قد أقرّ به له، بل لم يقصد المشتري إلّا ذلك، وإلّا لاتّجه حينئذٍ دفع العوض جميعاً له وبقاء الربع من النصف المقرّ به للشريك؛ ضرورة عدم انتقاله بالصلح المفروض مورده النصف المدّعى به، الذي لا وجه

(١) في المصدر بعدها إضافة: الغير.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.

للصلح عنه إلّا على إرادة إسقاط الدعوى به ؛ ضرورة عدم ثبوت شيء له إلّا الربع الحاصل من النصف المقرّ به ، فإذا فرض تنزيل الصلح على المختصّ به ولو بدعواه الذي لا يلحقه شريكه فيه وهو الربع من النصف المقرّ به والربع من النصف في يد المتشبّث يختصّ حينئذٍ بالعوض ، ويكون الشريك على ربعه في النصف المقرّ به حينئذٍ ، وهو غير ما قصده المشتري قطعاً ، بل غير مفروض البحث .

اللّهمّ إلّا أن يفرض أنّ المقرّ به بالنسبة إلى المقرّ ليس هو إلّا النصف الذي لا يلحقه شريكه به ، فمع فرض كون المقصود بالصلح النصف الذي هو كذلك يتّجه حينئذٍ اختصاصه بالعوض ، ويبقى النزاع بين الشريك والمتشبّث ، فتأمّل جيّداً ، والأمر في ذلك سهل .

إنّما الكلام : فيما ذكره في جامع المقاصد ، فإنّه ـ بعد أن قرّر ما في القواعد بنحو ما سمعته منّا في تقرير ما في المتن ـ قال : «ولقائل أن يقول : لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة ؛ لأنّ الصلح إنّما هو على استحقاق المقرّ له ، وهو أمر كلّي يمكن نقله عن مالكه إلى آخر ؛ ولهذا لو باع أحد الورثة حصّته من الإرث صحّ ولم يتوقّف على رضا الباقين» .

«فإن أُجيب : بأنّ الإنكار لاستحقاق الآخر صيّر النصف كالتالف ، فيجب أن يكون منهما ؛ لامتناع تلف حصّة أحدهما دون الآخر» . ↑ ج ٢٦ / ٢٣٦

«قلنا : فإذا تغاير السبب يجب أن يكون كذلك ، مع اعتراف المقرّ له بالشركة» .

إلى أن قال: «ونبّه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب ـ ثمّ قال: ـ والذي يقتضيه النظر: أنّ الحكم في مسألة الإرث قبل قبض الوارثين صحيح؛ لأنّ الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة إلى الورثة، والتالف لا يحسب عليهم وكأنّه لم يكن. وامتناع الوصول إليه كتلفه في هذا الحكم، والظاهر أنّه لا خلاف في ذلك».

«أمّا بعد القبض واستقرار الملك لهم وانقطاع كلّ من الورثة عن حقّ الآخر، فلا دليل على إلحاق تعذّر الوصول إلى حقّ بعضهم بالإنكار ـ مع عدم البيّنة ونحوه بتلف البعض ـ في هذا الحكم، والأصل عدمه، فينبغي[1] التوقّف فيه، فليلحظ الحكم المذكور في البيع».

«ولو كان المشترك ديناً، فأقرّ لبعض وأنكر بعضاً، ففي التركة قبل القبض لا بحث، وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أنّ الحاصل لهما والتالف عليهما، وعدمه»[2].

وكأنّه أخذ ذلك ممّا حكاه في التذكرة عن أحد قولي الشافعيّة، قال فيها ـ بعد أن ذكر أصل المسألة بنحو ما قرّرناه ـ: «هذا إذا لم يتعرّضا لقبض الدار، أمّا لو قالا: ورثناها وقبضنا ثمّ غصبها منّا، فالأقرب أنّه كذلك أيضاً، يشتركان فيما يقبضه المقرّ له منه؛ لأنّ إيجاب الإرث الشيوع وهو لا يختلف. وهو أحد قولي الشافعي

(١) في المصدر بدلها: فينتفي.

(٢) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٤٣٤ ـ ٤٣٥.

ومحكيّ عن أبي حنيفة ومالك».

«والقول الآخر له: إنّه لا يشاركه؛ لأنّ التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كلّ منهما قابضاً لحقّه وانقطع عمّا في يد الآخر[1]، ولهذا يجوز أن يطرأ الغصب على نصيب أحدهما خاصّة، بأن تزال يده، فإنّ المغصوب لا يكون مشتركاً بينهما»[2].

لكن في المسالك ـ بعد أن حكى عن الشهيد والمحقّق الثاني ما سمعت: من انصراف الصلح إلى حصّة المقرّ له من غير مشاركة الآخر مطلقاً، وعن الأخير منهما: الفرق بين الصلح قبل قبض التركة وبعده ـ قال:

«وهذا الفرق إنّما يتمّ فيما لو قبض أحد الوارثين شيئاً من أعيان التركة أو باعه. أمّا الصلح فيبنى على ما لو صالح أحد الشريكين في الدين على حقّه فيه هل يختصّ بالعوض أم لا؟ والظاهر الاختصاص؛ لأنّ الذاهب لا يخرج عن كونه حقّاً له، والصلح لم يقع على عين خاصّة حتّى يشتركا في عوضها، وإنّما وقع على حقّه، وهو ممكن نقله بعوض وغير عوض، فالبحث السابق مثله آتٍ في مسألة الإرث قبل القبض وبعده». ↑ ج ٢٦ / ٢٣٧

«وممّا ذكرناه يعلم حكم المدّعى المذكور الذي قد صولح على بعضه لو كان ديناً، فإنّ قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض أحد

---

(١) في بعض النسخ ـ مطابقةً للمصدر ـ بدلها: الآخرين.

(٢) تذكرة الفقهاء: الصلح / في التنازع ج ١٦ ص ٩٧.

الشريكين في الدين حصّته بالصلح، وقد تقدّم الكلام فيه في باب القرض، ويأتي فيه في كتاب الشركة مزيد بحث»[١].

والتحقيق أن يقال: إنّ محلّ كلام الأصحاب في المدّعيين المتّفقين على اتّحاد جهة ملكهما وأنّه ليس لأحدهما احتمال اختصاص عن الآخر بوجه. وحينئذٍ فإقرار المتشبّث بالنصف لأحدهما لم يفد في حقّ المقرّ له فائدة تخصّه بعد سبق إقراره لشريكه، وإنّما أقصاه صيرورة هذا النصف لا يد لأحد عليه، فيبقى على الإرث بينهما بمقتضى إقرارهما، فهو حينئذٍ كما لو قال من في يده الدار: إنّ نصفها ليس لي. ولا ريب في اشتراكهما فيه ولحوق النقص لكلّ منهما بسبب النصف الآخر الذي يد المتشبّث عليه.

وأمّا على فرض احتمال اختصاص أحدهما بالمقرّ به دون الآخر ـ الذي يحتمل في حقّه أنّه قد باع حقّه من المتشبّث أو وهبه إيّاه أو نحو ذلك ـ لم يشارك المقرّ له، بل وكذا لو ادّعى كلّ منهما في نصفه فحلف أحدهما اليمين المردودة دون الآخر.

وحينئذٍ فما وقع من أوّل الشهيدين[٢] ـ وتبعه الكركي[٣] ـ من احتمال اختصاص المقرّ له بعوض النصف الذي قد صالح عنه المقرّ له، قياساً على بيع الشريك حصّته المشاعة التي لا يتصوّر الاشتراك فيها.

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٢ ـ ٢٧٣.

(٢) ذكر ذلك في بعض تحقيقاته على ما نقله الشهيد الثاني في المسالك: (المصدر السابق: ص ٢٧٢).

(٣) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٤٣٤.

في غير محلّه ؛ ضرورة صراحة كلامهم في فرض المسألة في الصلح عن النصف المتّفقين على اتّحاد جهة اشتراكهما فيه وعدم احتمال اختصاص أحدهما به ، فلا يتصوّر اختصاصه بعوض النصف المعلوم عدم كونه له ، وأنّ نصفه ربع منه بيد المتشبّث على نحو شريكه .

ولو فرض وقوع الصلح على وجهٍ ينطبق على نصفه المستحقّ له في الواقع الذي لا يشاركه فيه الشريك كان كذلك ، لكنّه يكون خروجاً عن موضوع مسألة الأصحاب التي فرّقوا فيها بين اتّفاقهما على سبب الاشتراك وبين اختلافهما فيه وسكوتهما عن ذلك ، فحكموا بالاختصاص في الأخيرين دون الأوّل . ج ٢٦ / ٢٣٨

ومنه يظهر الوجه في عدم الفرق في المسألة بين قبض الوارث وعدمه ، وبين كون السبب الإرث وغيره ، فما وقع من الكركي أخيراً أيضاً ـ من التفصيل بذلك الذي قد عرفته لبعض الشافعيّة ـ في غير محلّه .

فتأمّل جيّداً ؛ ليستبين لك الحال في أطراف المسألة ، التي :

منها : معلوميّة القاعدة في أنّ المال المشترك ما يذهب منه عليهما وما يبقى لهما .

ومنها : أنّ الحصّة المشاعة التي هي للشريك لا شركة لأحد فيها ، فإذا أراد الصلح عنها ـ مثلاً ـ لم يلحقه الشريك بعوضها .

ومنها : أنّهم قد ذكروا في أنّه لو أقرّ بأنّ نصف الدار لزيد والآخر لي ولشريكي ، وأنكر الشريك ، كان النصف الباقي بأيديهما بينهما ـ على

حسب نسبة الربع إلى النصف ـ وما أنكر عليهما ، وإن كان المختصّ بالإنكار المقرّ له ، بخلاف ما ذكروه فيما لو أقرّ أحد الأخوين بثالث ، فأنكره الثالث ، فإنّه يختصّ النقصان بالمقرّ له ، وأمّا المقرّ فيأخذ نصيبه تامّاً .

ولعلّ السبب في ذلك : استناد الأوّل إلى اليد ونحوها التي تمضي على الشريكين ، بخلاف الأخير الذي تختصّ الخصومة فيه بين المقرّ له وبين المنكر ، كما أوضحناه في غير المقام . أو أنّ العمدة في الأخير النصّ والإجماع .

بل قد يقال : إنّ ذلك مقتضى تنزيل الإقرار على الإشاعة التي هي بمعنى : جريان حكم الإقرار على ما في يده ويد شريكه ، وإن كان لا ينفذ في حقّ الشريك ـ لكونه إقراراً في حقّ الغير ـ وينفذ في نصيبه قبل الإقرار ، فيدفع حينئذٍ الزائد عليه بعد الإقرار ، بل لعلّ ذلك هو المتّجه أيضاً في المثال الأوّل ، فيكون النصف حينئذٍ بينهما لكلٍّ منهما ربع ، لا ثلثان وثلث .

ودعوى اقتضاء قاعدة الشركة ذلك ـ أي ما يبقى لهما على حسب النسبة ، وما يتلف عليهما ـ يمكن منعها في الإنكار ؛ ضرورة عدم كونه ↑
تلفاً حقيقةً ، ولا دليل على جريان حكمه عليه ، فتأمّل جيّداً ، والله ج ٢٦ / ٢٣٩
العالم بحقائق الأحكام .

﴿ولو ادّعى عليه﴾ بشيء مثلاً ﴿فأنكر﴾ أو أقرّ ، أو لم تكن دعوى أصلاً ﴿فصالحه المدّعى عليه﴾ مثلاً عمّا ادّعى به ﴿على سقي

زرعه أو شجره بمائه﴾ أي ما يسقي به زرعه أو شجره من ماء المدّعى عليه ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ فيما حكي عنه[1]: ﴿لا يجوز؛ لأنّ العوض هو الماء وهو مجهول﴾ فلا يصحّ الصلح؛ بناءً على فرعيّته على البيع.

﴿وفيه وجه آخر﴾ بالجواز ﴿مأخذه: جواز بيع ماء الشرب﴾ ـ أي النهر ـ بتقدير المدّة بعد المشاهدة، بل قد عرفت فيما تقدّم المنع من فرعيّة الصلح للبيع أوّلاً، وعدم قدح مثل هذه الجهالة في الصلح ثانياً، لكونها تؤول إلى العلم. نعم، قد يمتنع الصلح على المجهول الذي لا يؤول إلى العلم، كالمبهم.

ومن الغريب منع الشيخ من ذلك مع أنّ المحكي عنه في الدروس: جواز بيع ماء البئر والعين، وبيع جزء مشاع منه، وجعله عوضاً للصلح[2].

ومن هنا قال في المسالك: «يمكن أن يكون منعه من الصلح على السقي المذكور مطلقاً كما يدلّ عليه الإطلاق، والماء فيه مجهول لا يدخل في أحد الأقسام؛ لأنّه لم يستحقّ جميع الماء ولا بعضاً منه معيّناً، وإنّما استحقّ سقياً لا يعرف قدره ولا مدّة انتهائه، ومن ثمّ شرطنا في الجواز ضبط المدّة، وهو لم يصرّح بالمنع حينئذٍ. ولو تعلّق الصلح بسقيه دائماً لم تبعد الصحّة؛ لأنّ جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٣١٠.

(٢) الدروس الشرعيّة: الصلح / درس ٢٦٦ ج ٣ ص ٣٣٤.

الصلح»[١].

قلت: قد يقال: بالتسامح في الأوّل أيضاً إذا كان لتحقّق مسمّى السقي قدر في العرف، وإن اختلفت أفراده اختلافاً لا يقدح في مثل الصلح. وحينئذٍ فلا يعتبر اشتراط المدّة ـ ولو الدوام ـ في الصلح، على أنّه لا ترفع جهالة مقدار الماء الذي هو العوض أو المعوّض؛ إذ ليس الغرض منه الإجارة، بل نقل الأعيان المقدّرة بمثل ذلك، المندرج تحت عمومات الصلح، كما عرفته فيما تقدّم.

و﴿أمّا لو صالحه﴾ عمّا ادّعى به مثلاً ﴿على إجراء الماء﴾ من سطح المدّعي ﴿إلى[٢] سطحه أو ساحته﴾ أي المدّعى عليه، أو على إجرائه في ساقيته المحفورة له مثلاً ﴿صحّ﴾ للعمومات ﴿بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه﴾ لاختلافه صغراً وكبراً باعتبار قلّة الماء وكثرته.

↑ ج ٢٦ / ٢٤٠

لكن في المسالك: «المراد بعلم الموضع الذي يجري الماء منه: أن يقدّر مجراه طولاً وعرضاً، لترتفع الجهالة عن المحلّ المصالح عليه، ولا يعتبر تعيين العمق؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض»[٣].

وفيه: أنّ ما ذكره في الصلح عمّا ادّعى به على مجرى الماء، لا على

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٣.

(٢) في نسخة الشرائع: على.

(٣) الهامش قبل السابق: ص ٢٧٤.

استحقاق إجرائه الذي هو المفروض في المتن.

ولذا قال في الدروس: «ولو جعل عوض الصلح عن الدعوى مجرى الماء في أرضه، قدّر المجرى طولاً وعرضاً، لا عمقاً؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض. ولو جعله إجراء الماء في ساقية محفورة مشاهدة جاز إذا قدّرت المدّة، قال الشيخ: يكون فرع الإجارة وفي المجرى فرع البيع».

«قال الشيخ: ولو كانت الساقية غير محفورة لم يجز الصلح على الإجراء؛ لأنّه من استئجار المعدوم».

«ويشكل: بإمكان تعيين مكان الإجراء طولاً وعرضاً، واشتراط حفره على مالك الأرض أو على المجري ماءه. نعم، لو كانت الأرض موقوفة أو مستأجرة لم يجز».

«ولو صالحه على[1] المدّعى به على إجراء الماء من سطحه على سطح المدّعى عليه اشترط العلم بسطح المدّعي»[2]. وهو كالصريح فيما ذكرناه.

ومن ذلك يعلم ما في قوله ـ أي المسالك ـ أيضاً: «قد أطلق المصنّف وغيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته ليرتفع الغرر، ولا بأس باعتباره؛ لاختلاف الأغراض بقلّته وكثرته. ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محلّه وصغره، فمعرفته تكون بمعرفة محلّه»[3]. ضرورة

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة: عن.

(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٨ ج ٣ ص ٣٤٧ ـ ٣٤٨.

(٣) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٤.

أنّك قد عرفت فرض مراد المصنّف، الذي ترتفع الجهالة عنه بالعلم بالموضع الذي يجري الماء منه، فإنّه كافٍ في رفع الغرر.

نعم، قد يناقش في أصل اعتبار ذلك؛ لعمومات الصلح، وقبوله من الجهالة والغرر ما لا يقبله غيره.

وعلى كلّ حال، فإذا وقع السطح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح وجب ذلك على المالك؛ لتوقّف الحقّ عليه، وليس على المصالح ـ الذي له حقّ الإجراء ـ مساعدته، والله العالم.

﴿وإذا قال المدّعى عليه: صالحني عليه، لم يكن إقراراً؛ لأنّه قد يصحّ مع الإنكار﴾ كما عرفته فيما تقدّم. خلافاً لبعض العامّة: ج ٢٦/٢٤١
فجعله إقراراً[1] بناءً على عدم صحّته إلّا معه، وهو كما ترى.

﴿أمّا لو قال: بعني أو ملّكني، كان إقراراً﴾ في عدم كونه ملكاً له؛ لاستحالة طلب تحصيل الحاصل.

نعم، هو ليس إقراراً بكونه ملكاً للمخاطب الذي طلب منه ذلك، المحتمل وكالته أو ولايته أو غيرهما، فيبقى حينئذٍ على أصالة عدم ملكه. وحينئذٍ فلو أقرّ به حينئذٍ لغيره لم يكن رجوعاً مقتضياً للضمان.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى دلالة العرف على كونه ملكاً له، فيترتّب عليه حينئذٍ الحكم المزبور؛ ضرورة كونه المتّبع في نحو ذلك، ولولاه لأمكن المناقشة في أصل الإقرار بطلب البيع؛ لاحتمال إرادته ذلك منه على تقدير كونه ليس له احتياطاً، فإنّه يؤثّر ملكاً له في الواقع وإن كان

---

(١) المجموع: ج ١٣ ص ٣٩٥.

محكوماً بكونه له في ظاهر الشرع.

ولو صالح أجنبيٌّ المدّعيَ عن المنكر صحّ، عيناً كان أو ديناً، أذن أو لا؛ لأنّه في معنى قضاء الدين.

لكن عن المبسوط: أنّه يرجع عليه إن دفع المال بإذنه سواء صالح بإذنه أو لا، وإلّا فلا رجوع؛ لأنّه تبرّع(١).

وقد يشكل الرجوع بما أدّاه ـ ولو بإذنه ـ مع كون الصلح بغير إذنه: باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للأجنبي، فلا عبرة بالإذن إذا كان قد صالح ليؤدّي هو، بل وكذا لو صالح مطلقاً. نعم، لو صالح ليؤدّي المدّعى عليه كان الصلح فضوليّاً.

ولو صالحه لنفسه لا عن المنكر صحّ وانتقلت الخصومة إليه، لكن في الدروس: «إن تعذّر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ؛ لعدم سلامة العوض»(٢). وفيه تأمّل.

نعم، لا فرق في صحّة ما ذكرناه من الصلح بين اعتراف المدّعى عليه بالحقّ قبل الصلح أو لا، على الأقوى.

ولو ادّعى الأجنبي أنّه وكيل المدّعى عليه في الصلح، فصالحه المدّعي صحّ، فإن أنكر المدّعى عليه وكالته حلف، ولكن له إجازة العقد بعد حلفه وقبله، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ:

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

(٢) الدروس الشرعيّة: الصلح / المقدّمة ج ٣ ص ٣٢٨.

﴿يلحق بذلك أحكام النزاع في الأملاك﴾

لنوع من الاعتبار الذي هو ما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع، على أنّه ربّما يذكر الصلح في بعض أفراده. ولم يلحظ ذلك في الدروس فجعله كتاباً مستقلاً، سمّاه بـ«كتاب تزاحم الحقوق»[1]، والأمر في ذلك سهل.

ج ٢٦ / ٢٤٢

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿هي مسائل﴾:

﴿الأُولى﴾

لا خلاف[2] ولا إشكال في أنّه ﴿يجوز إخراج الرواشن والأجنحة﴾ ونحوهما ﴿إلى الطرق[3] النافذة إذا كانت عالية لا تضرّ بالمارّة﴾ ولم يعارض فيها مسلم؛ للسيرة المستمرّة في سائر الأعصار والأمصار من زمن النبيّ صلى الله عليه وآله إلى يومنا هذا. وقد وضع هو صلى الله عليه وآله ميزاباً لدار عمّه العبّاس[4].

بل هي كذلك من غير حاجة إلى الإذن من حاكم ولا من غيره، سواء قلنا بكون الهواء ملكاً للمسلمين أو باقياً على الإباحة الأصليّة. فما عن أحمد: من اعتبار إذن الإمام في وضع الجناح[5]، في غير محلّه.

(١) الدروس الشرعيّة: ج ٣ ص ٣٣٩.

(٢) كما في مجمع الفائدة والبرهان: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٦٨.

(٣) في نسخة الشرائع بدلها: الطرف.

(٤) العزيز (شرح الوجيز): ج ٥ ص ٩٦، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٦٦، المصنّف (لعبد الرزّاق): ح ١٥٢٦٤ ج ٨ ص ٢٩٢.

(٥) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٣٣.

بل هو كذلك ﴿ولو عارض فيها مسلم على الأصحّ﴾ لعدم ثبوت حقّ له في المعارضة؛ لما عرفت من استمرار السيرة ـ المعتضدة بالفتوى ـ على فعل ذلك وعدم الالتفات إلى المعارض.

خلافاً للمحكي عن الخلاف[1] والمبسوط[2]: من أنّه لكلّ مسلم منعه؛ لأنّه حقّ لجميع المسلمين، ولأنّه لو سقط شيء منه ضمن، وهو يدلّ على عدم جوازه إلّا بشرط الضمان، ولأنّه لا يملك القرار فلا يملك الهواء.

وفيه ما لا يخفى بعد ما عرفت، فهو حينئذٍ بمنعه معاند لا حقّ له، والضمان ـ بعد تسليمه ـ لا ينافي الجواز، كما في صورة عدم المعارضة التي قد وافق فيها، وجواز الفعل لا يتوقّف على كونه مالكاً، كما هو واضح.

نعم، يعتبر فيه عدم الضرر على المارّة، بل في المسالك وغيرها[3]: «أنّ المعتبر ما يليق بتلك الطريق عادةً، فإن كانت ممّا يمرّ عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح مائلاً عادةً. واعتبر في التذكرة مروره ناصباً رمحه؛ لأنّه قد تزدحم الفرسان، فيحتاج إلى نصب الرماح، ونفاه في الدروس لندوره، ولإمكان اجتماعهم مع إمالته على وجهٍ لا يبلغهم، وهو أقوى».

---

(١) الخلاف: الصلح / مسألة ٢ ج ٣ ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

(٢) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩١.

(٣) ككفاية الأحكام: كتاب الصلح ج ١ ص ٦١٣.

«وإن كانت ممّا يمرّ فيها الإبل اعتبر فيها مروره محمّلاً ومركوباً وعلى ظهره محمل[١] إن أمكن مرور مثل ذلك عادةً. وهكذا يعتبر ما تجري العادة بمروره على تلك الطريق»[٢].

قلت: قد يقال: إنّ المعتبر عدم الضرر حتّى في الصورة النادرة؛ لأنّه المتيقّن من الجواز فيما هو حقّ للمسلمين كافّة، وإليه أومأ فيما سمعته من التذكرة. ↑

ج ٢٦ / ٢٤٣

فيعتبر حينئذٍ في الطريق كونه على الوجه المزبور وإن لم يعتد فيه ازدحام الفرسان والإبل والكنائس[٣]، إلّا أنّه ربّما اتّفق ذلك، خصوصاً بناءً على أنّ الأصل المنع؛ لتعلّق حقّ المسلمين بإحيائهم، والمعلوم جوازه من السيرة ذلك لا غيره. نعم، لو قلنا: إنّ الأصل الجواز ـ لكونه من مباح الأصل، فيقتصر على المتيقّن في المنع ـ اتّجه حينئذٍ ما ذكروه، إلّا أنّ الأوّل لا يخلو من قوّة.

هذا كلّه في تضرّر المارّة، أمّا تضرّر غيرهم كالجار بالإشراف عليه ونحوه، ففي المسالك[٤] وغيره[٥]: لا عبرة به، كما لو وضعه في ملكه واستلزم الإشراف عليه؛ فإنّ المحرّم التطلّع عليه لا البناء المشرف عليه.

---

(١) في المصدر: محملاً.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٥.

(٣) جمع كنيسة: شبه الهودج، يغرز في المحمل أو في الرحل قضبان ويلقى عليها ثوب يستظلّ به الراكب. المغرب: ص ٢٢٨ (كنس).

(٤) الهامش قبل السابق: ص ٢٧٥ ـ ٢٧٦.

(٥) كمجمع الفائدة والبرهان: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩، وكفاية الأحكام: كتاب الصلح ج ١ ص ٦١٣، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٨٧٣ ج ٣ ص ٣١ ـ ٣٢.

خلافاً للتذكرة، حيث ألحق الأوّل بتضرّر المارّة، وفرّق بينه وبين وضعه في ملكه: بأنّ الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرّر؛ لأنّ الهواء ليس ملكه، بخلاف الموضوع في ملكه؛ لأنّ للإنسان التصرّف في ملكه كيف شاء وإن استلزم الإشراف على الجار أو الظلمة عليه، وإنّما يمنع من الإشراف لا من التعلية المفضية إلى ذلك، إلى أن قال: «ولست أعرف في هذه المسألة بالخصوص نصّاً من الخاصّة ولا من العامّة، وإنّما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد»[1].

وردّه بعضهم بـ «أنّ المعتبر عدم الإضرار بأهل الطريق من حيث الاستطراق الموضوع له الطريق، أمّا غير ذلك فلا دليل على المنع منه، بل قد عرفت أنّه لا عبرة بضرر غير المعتاد سلوكه فضلاً عن غير المارّ، فهو حينئذٍ كمن أحدث بناءً في مباح استلزم الإشراف عليه. وتقييد العلّامة وغيره الضرر بالمارّة دليل على ذلك، وإنّما عمّم هو الضرر في هذا الفرع خاصّة»[2].

قلت: يمكن أن يكون بناء العلّامة: ما ذكرناه من أنّ المسلمين بإحيائهم الطريق صار هو وقراره وهواؤه ملكاً لهم أجمع أو كالملك، فلا يجوز لأحد منهم التصرّف فيه بغير إذنهم أو إذن وليّهم، إلّا أنّ السيرة جرت على فعل ذلك، والمتيقّن منها الخالي عن ضررهم من جهة الاستطراق وغيره، أمّا الخالي عن ضرر الاستطراق خاصّة دون غيره

---

(١) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٤٥.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٦.

↑ فلا سيرة عليه، فيبقى على أصل المنع.

ج ٢٦/٢٤٤ اللّهمّ إلّا أن يدّعى كونها كذلك أيضاً، لكنّه كما ترى.

أو يدّعى أنّ الأصل بالعكس ـ كما أشرنا إليه سابقاً ـ ولو لفقد نحو: «الناس مسلّطون ...»[1] في المقام، الباقي على اشتراك الناس فيه، الذي يختصّ السابق به منهم مع عدم تضرّر الآخر؛ لقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»[2].

لكن في دعائم الإسلام: «وعنه (صلوات الله وسلامه عليه) أنّه سئل عن الرجل يطيل بناءه فمنع جاره الشمس؟ قال: ذلك له، وليس هذا من الضرر الذي يمنع منه، ويرفع جداره ما أحبّ إذا لم يكن نظر منه إليهم»[3].

وفيها أيضاً: «وعنه عليه السلام أنّه قال: ليس لأحد أن يفتح كوّة في جداره ينظر منها إلى شيء من داخل دار جاره، فإن فتح للضياء في موضع[4] يرى منه لم يمنع من ذلك»[5].

وأمّا عمل السرداب في الطريق النافذ ـ إذا أحكم أزجه[6] ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضرّ المارّة ـ فقد صرّح غير واحد بجوازه[7]؛

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٤. (٢) تقدّم في ص ٣٨١.

(٣) دعائم الإسلام: القسمة / ذكر البنيان ح ١٨٠٩ ج ٢ ص ٥٠٥.

(٤) في المصدر بعدها إضافة: لا.

(٥) الهامش قبل السابق: ح ١٨٠٨.

(٦) الأزَج: بناء مستطيل مقوّس السقف. المعجم الوسيط: ج ١ ص ١٦ (ازج).

(٧) تذكرة الفقهاء: الصلح/تزاحم الحقوق ج ١٦ ص٥٨. الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق/ ←

للسيرة أيضاً. نعم، لا يجوز ذلك في المرفوع إلّا بإذنهم، وإن أُحكم.

ومثله الساقية من الماء، وإن لم يكن لها رسم قديم، لكنّ الفاضل منع من عملها في النافذ وإن أحكم الأزج عليها[١]، أمّا لو عملها بغير أزج فإنّه يمنع منها إجماعاً كما في الدروس[٢]، ولكلّ أحد إزالتها.

ولو تضرّر الجار بالسرداب أو الساقية، فالظاهر جريان البحث السابق فيها.

ولا يجوز إحداث دكّة فيه ونحوها على باب داره وغيرها، لأهل الدرب وغيرهم.

نعم، ربّما ظهر من بعضهم[٣] جوازها في الزائد على المقدّر شرعاً.

وفيه: أنّ الزائد بعد إحياء المسلمين له بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبة إلى ذلك.

ولعلّه لذا قال في الدروس: «اتّسع الطريق أو ضاق؛ لأنّ إحياء الطريق غير جائز، إذ هو مشترك بين مارّة المسلمين، فليس له الاختصاص المانع من الاشتراك»[٤].

بل فيها أيضاً: «وكذا لا يجوز الغرس فيه وإن كان هناك مندوحة؛

← المقدّمة ج ٣ ص ٣٤٢.

(١) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٥٨ ـ ٥٩.

(٢) انظر «الدروس» في الهامش قبل السابق.

(٣) كالكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٨٧٢ ج ٣ ص ٣١. وينظر تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٤٦.

(٤) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / المقدّمة ج ٣ ص ٣٣٩ ـ ٣٤٠.

لأنّ الزقاق قد يصطدم ليلاً وتزدحم فيه البهائم، ولأنّه مع تطاول الأزمنة ينقطع أثر الاستطراق في ذلك. ويحتمل جوازه ما لم يتضرّر به المارّة من ذلك كالروشن والساباط، ويضعّف: بأنّهما في الهواء، ↑
بخلاف الدكّة والشجرة»[١]. ج ٢٦ ٢٤٥

﴿و﴾ على كلّ حال، ف﴿لو كانت﴾ الرواشن والأجنحة وما شاكلها ﴿مضرّة وجب إزالتها﴾ على الواضع الغاصب، وعلى كلّ قادر على رفع المنكر ولو بإلزام الغاصب الواضع بذلك؛ إذ لا يجب على غيره الإزالة، لأنّه «لا تزر وازرة وزر أُخرى»[٢].

﴿ولو﴾ كان ضررها بأن ﴿أظلم بها الطريق﴾ على وجهٍ ذهب الضياء منه أصلاً، فإنّه لا خلاف[٣] ولا إشكال حينئذٍ في أنّه يجب إزالتها، بل في المسالك: الإجماع عليه[٤].

بل وكذا إذا ذهب على وجهٍ يضرّ المارّة ولو ضعيف البصر منهم ولو ليلاً؛ لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز.

فما عن الشيخ: من إطلاق عدم تأثير الظلمة في المنع[٥]، في غير محلّه، ولعلّه إلى ذلك أشار المصنّف بقوله: ﴿قيل: لا يجب إزالتها﴾ اللّهمّ إلّا أن يريد ما لا ضرر فيها على المارّة؛ فإنّ وجود ظلمةٍ

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٤٠.

(٢) سورة الأنعام: الآية ١٦٤.

(٣) كما في كفاية الأحكام: كتاب الصلح ج ١ ص ٦١٣.

(٤) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٧.

(٥) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩١.

مّا بسببها من اللوازم ﴿و﴾ قد عرفت السيرة ـ مع ذلك ـ على فعلها.

كما لا خلاف[١] في أنّه ﴿يجوز فتح الأبواب المستجدّة فيها﴾ أي الطرق النافذة، سواء كانت لها باب أُخرى إليها أو إلى طريق مرفوع أم لا؛ لما عرفت من أنّ المسلمين في ذلك شرع سواء.

ولا يقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح في بعض الصور؛ لأنّ ذلك إنّما يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق، إذ ليس لأحد دخول داره إلّا بإذنه، فلا يتحقّق نفوذ الطريق، بل لو فرض تحقّقه لا بأس به أيضاً؛ للأصل وغيره.

وفي دعائم الإسلام: «وعنه عليه السلام أنّه قال: من أراد أن يحوّل باب داره عن موضعه، أو يفتح معها باباً غيره في شارع مسلوك نافذ، فذلك له، إلّا أن يتبيّن أنّ في ذلك ضرراً بيّناً. فإن كان في رافعة[٢] غير نافذة لم يفتح فيها باباً ولم ينقله عن مكانه إلّا برضا أهل الرافعة[٣]»[٤].

هذا كلّه في الطرق النافذة.

﴿أمّا الطرق المرفوعة﴾ وهي التي لا تنتهي إلى طريق آخر ولا مباح، بل إلى ملك الغير ﴿فـ﴾ـهي ملك حقيقةً لأربابها الذين لهم أبواب نافذة إليها، دون من يلاصق داره ويكون حائطه إليها من غير نفوذ، فلهم سدّها عن السكّة والارتفاق بها كغيرها من أملاكهم، ↑ ج ٢٦ / ٢٤٦

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الصلح / المطلب الثاني ج ٢١ ص ١٢٢.

(٢ و٣) في الدعائم: «رائغة ... الرائغة» وفي المستدرك: «رائقة ... الرائقة».

(٤) دعائم الإسلام: القسمة / ذكر البنيان ح ١٨١٠ ج ٢ ص ٥٠٥، مستدرك الوسائل: باب ١١ من كتاب إحياء الموات ح ٢ ج ١٧ ص ١٢٠.

ولهم قسمتها فيما بينهم وإدخال كلّ منهم حصّته إلى داره. خلافاً لبعض الشافعيّة: فمنع من سدّها؛ لأنّ أهل الشارع يفزعون إليها إذا عرض لهم سبب من زحمة وشبهها[١]. وضعفه واضح.

كما أنّه ﴿لا يجوز﴾ لأحد من غير أربابها ﴿إحداث﴾ ساباط ولا ﴿باب فيها ولا جناح ولا غيره إلّا بإذن أربابه، سواء كان مضرّاً أو لم يكن؛ لأنّه مختصّ بهم﴾ وكذا ليس لبعضهم أيضاً ذلك إلّا بإذن شركائه ـ لكن على بحث في بعض أفراد التصرّف ستسمع الحال فيه إن شاء الله ـ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك[٢]، بل كأنّه إجماع[٣].

خلافاً لأحد قولي الشافعيّة: من أنّه لا يجوز لغير أهل السكّة ذلك مطلقاً، وأمّا هم فيجوز لكلّ واحد منهم إشراع الجناح والروشن وغيرهما إذا لم يضرّ بالمارّة؛ لأنّ لكلّ واحد منهم الارتفاق بقرارها، فكذا هواؤها كالشوارع[٤].

وفيه: ـ بعد حرمة القياس عندنا ـ إمكان الفرق بحصر أهل الطرق المرفوعة دون الشوارع، فاعتبر إذن الأوّلين وعومل معاملة الدار ونحوها من الأملاك بالنسبة إلى ذلك وإن لم يتضرّر، بخلاف

---

(١) العزيز (شرح الوجيز): ج ٥ ص ١٠٠، روضة الطالبين: ج ٣ ص ٤٩٥.

(٢) كما في غنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(٣) يظهر الإجماع من التذكرة كما أشار إليه في المناهل. انظر تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٤٨.

(٤) حلية العلماء: ج ٥ ص ١٣، المجموع: ج ١٣ ص ٤٠٠، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٣٤، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٣٠.

الشوارع التي لا حصر لأهلها وجرت السيرة على التصرّف فيها بما لا ضرر فيه على استطراقهم، فملكهم لها حينئذٍ على هذا الوجه ولو لهذه السيرة ونحوها.

فما عن المقدّس الأردبيلي: من التأمّل في ملك الطرق المرفوعة لأهلها[١]، في غير محلّه.

لا لما في الحدائق من أنّ «التصرّف دليل الملك، ولكن في الشوارع لمّا لم يكن المتصرّف متعيّناً لم يترتّب عليه الملك، بخلاف المرفوعة»[٢]. إذ هو كما ترى.

بل لما عرفت من أنّ الطريق المرفوع إن كان بعض ملكهم أخرجوه لهم فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصّة فلا إشكال، بل هو خارج عن محلّ البحث، وإن كان من المباحات فقد أحيوه وحازوه على هذا الوجه الخاصّ بهم؛ ضرورة كون إحياء كلّ شيء بحسب حاله.

وهذا وإن اقتضى كون الشارع ملكاً للمسلمين ـ باعتبار أنّ هذه الحيازة التي ليست من معيّن بل المعيّن سلكه[٣] أيضاً على جهة العموم تقتضي ذلك أيضاً ـ إلّا أنّه للسيرة المستمرّة في العمل في ↑ ج ٢٦ / ٢٤٧
الأعصار والأمصار جعل ذلك على الوجه المزبور من غير رجوع إلى إذن حاكم الشرع، بل ليس له ولا لغيره من المسلمين المنع مع فرض عدم تضرّر المارّة.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٧٥.

(٢) الحدائق الناضرة: الصلح / المطلب الثاني ج ٢١ ص ١١٩ (بتصرّف).

(٣) في بعض النسخ بدلها: ملكه.

أو يقال: بعدم تحقّق الحيازة ـ التي هي بمعنى الاختصاص عن الغير ـ باستيلاء ونحوه، فلا يتحقّق حينئذٍ الملك في النافذ، دون المرفوع؛ ولذا قالوا: إنّه ملك لأربابه بخلاف النافذ. ولعلّ ذلك هو المراد ممّا سمعته من الحدائق.

لكن قد يمنع اعتبار الحيازة بالمعنى المزبور في الملك، فيكفي فيه الاستيلاء. وكذا الكلام في باقي المرافق العامّة والخاصّة.

نعم، قد يقال: باقتضاء السيرة والطريقة جواز الدخول فيها والجلوس مع فرض عدم تضرّر أهلها، وعدم اعتبار المساواة في استطراق أربابها قلّةً وكثرةً منه أو من أتباعه والمتردّدين إليه، بل قد يقال: بحصول الإذن شرعاً وإن كان فيهم مولّى عليه من طفل أو غيره، بل يمكن القول بذلك حتّى مع منع بعضهم.

لكن في الدروس: «يجوز للأجنبي دخول السكّة المرفوعة بغير إذن أهلها عملاً بشاهد الحال، والجلوس غير المضرّ بهم، ولو نهاه أحدهم حرم ذلك»[1].

وفي المسالك: «وممّا يدخل في المنع من التصرّف في المرفوعة بغير إذن أهلها المرور فيها، والوجه فيه ما تقدّم من الملك. والأقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال، فلو منع أحدهم حرم، أمّا الجلوس فيها وإدخال الدوابّ إليها ونحو ذلك فلا إلّا مع إذن الجميع؛ لأصالة حرمة مال الغير بغير إذنه، وانتفاء شاهد الحال فيه غالباً. نعم، لو كان الجلوس

---

(١) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / المقدّمة ج ٣ ص ٣٤١.

خفيفاً غير مضرّ تناوله شاهد الحال»[١].

وكذا الفاضل في التذكرة[٢].

ويمكن أن يريدوا بـ«شاهد الحال» تلك الإذن الشرعيّة، وظاهرهم الحرمة بمنع أحد منهم وإن أذن له من أراد دخوله إليه، بل وإن كان من أضيافه أو أتباعه، بل مقتضى ذلك أنّ لبعضهم منع الآخر أيضاً ... إلى غير ذلك من الأحكام المترتّبة على الشركة الحقيقيّة المعلومة بالسيرة خلافها، والله العالم.

﴿وكذا﴾ لا يجوز لغير أهلها، بل وأهلها أيضاً لكن على التفصيل الآتي ﴿لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه﴾ بلا خلاف أجده فيه[٣] ↑
﴿دفعاً للشبهة﴾ الحاصلة منه على ممرّ الأزمان، فإنّه أمارة على ج ٢٦ / ٢٤٨
استحقاق الاستطراق. وبذلك فرّق[٤] بينه وبين رفع الجدار الجائز له قطعاً الذي لا أمارة فيه.

لكن قد يقال: إنّ ذلك كذلك، إلّا أنّه لا دليل على جواز منعه بذلك؛ لإمكان التحرّز عن ضرر هذه الشبهة بالطرق المعدّة لمثل ذلك، وليس كلّ ضرر يكون على الغير بالتصرّف في الملك يجب تركه.

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٨ ـ ٢٧٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٥٨.

(٣) كما في غنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(٤) كما في مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٩، ومفتاح الكرامة: الصلح / الفصل الثاني ج ١٧ ص ٧٧.

﴿و﴾ من هنا لا خلاف[١] في أنّه ﴿يجوز فتح الروازن والشبابيك﴾ إليها بل إلى دار الجار، للاستضاءة بها أو لغيرها ممّا لا يحرم عليه مع عدم الإذن، بل مع النهي؛ لعموم: «تسلّط الناس على أموالها»[٢]. نعم، للجار وضع شيء في ملكه يمنع الإشراف عليه وإن منع الضوء.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿مع إذنهم﴾ في كلّ ما عرفت منعه ﴿فـ﴾لا إشكال في الجواز، و﴿لا اعتراض لغيرهم﴾ الخارج عنهم؛ فإنّه لا حقّ له. ولكنّ الظاهر كون ذلك كالعارية، يجوز لكلٍّ الرجوع عن ذلك، بل تبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون والإغماء ونحوهما.

نعم، في التذكرة: «له الأرش للسببيّة في إتلاف المال، على إشكال»[٣]. ولعلّه لإمكان منع التسبيب بعد فرض كونها عارية من حكمها جواز الرجوع بها. اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّه لم يعلم جواز الرجوع بها مجّاناً؛ لقاعدة الضرر.

﴿ولو صالح﴾ من له حقّ من﴿ـهم على إحداث روشن[٤]﴾ مثلاً ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ: ﴿لا يجوز؛ لأنّه لا يصحّ إفراد الهواء بالبيع﴾

---

(١) نفى الخلاف في «الكوة» ـ التي هي الروزنة ـ في غنية النزوع: (انظر الهامش قبل السابق).

(٢) تقدّم في ص ٣٦٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٥٧.

(٤) الروشن: أن تخرج أخشاباً إلى الدرب وتبني عليها وتجعل لها قوائم من أسفل. مجمع البحرين: ج ٦ ص ٢٥٥ (رشن).

والصلح فرعه[1] ﴿وفيه تردّد﴾ بل منع ؛ إذ المقدّمتان ممنوعتان ؛ للعمومات ، خصوصاً عمومات الصلح المقتضية جوازه وإن قلنا بعدم إفراده في البيع .

لكن في الدروس : «أمّا لو صالحوا على ذلك بعوض فإنّه لازم مع تعيين المدّة ، وإن كان بغير عوض بني على أصالة الصلح أو فرعيّته للعارية»[2].

وفي التذكرة : «لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب وأصحاب السكّة على وضعه جاز على الأظهر عندنا ، لكنّ الأولى اشتراط زمان معيّن»[3].

وفيه : منع اعتبار المدّة في الصلح عنه ، المراد به نقله نفسه إليه ، نعم ↑ ج ٢٦ / ٢٤٩
لا إشكال في اعتبارها لو أُريد منه القائم مقام الإجارة مثلاً .

ولو فرض الإذن منهم على إنشاء التمليك له ـ مجّاناً أو بعوض ـ ملكه ، ولكلٍّ حكمه ؛ ضرورة كون الفضاء ملكاً كسائر الأملاك ، فيجري عليه جميع أحكامها ، والله العالم .

﴿ولو كان﴾ لـ ﴿لإنسان داران﴾ مثلاً ﴿باب كلّ واحدة﴾ منهما ﴿إلى زقاق غير نافذ، جاز أن يفتح بينهما باباً﴾ فضلاً عن النافذين ، بل يجوز فتح باب ذات الشارع إلى ذات السكّة ، فضلاً عن العكس ، كلّ

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.

(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / المقدّمة ج ٣ ص ٣٤١.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٤٩.

ذلك للأصل، وقاعدة التسلّط، وأولويّته من رفع الجدار الحائل بينهما وجعلهما واحدة، الجائز له إجماعاً في جامع المقاصد[١]، وقولاً واحداً في التذكرة[٢].

فما عن بعض العامّة: من عدم الجواز؛ لأنّه يثبت له حقّ الاستطراق في درب مملوك لدار لا حقّ لها فيه، ولأنّه ربّما أدّى إلى إثبات الشفعة لو بيعت بعض دور إحدى الطريقين؛ بسبب الاشتراك في الطريق لكلّ واحد من الدارين في زقاق الأُخرى، على تقدير القول بثبوتها بذلك ومع الكثرة[٣].

فيه: أنّ فتح الباب لا يوجب حقّاً للدار في الطريق الآخر، وإنّما أباح الانتقال من داره إلى داره الأُخرى، ومتى صار فيها استحقّ المرور في طريقها، تبعاً للكون الثاني والدار التي هو فيها، لا للأُولى. وحينئذٍ فكلّ دار على ما كانت عليه من استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق، ولا يتعدّى إلى الأُخرى وإن جاز الاستطراق.

لكن قد يقال: إنّ الفتح المزبور وإن لم يفد الحقّ المذكور، إلّا أنّه يورث شبهة في الاستحقاق، نحو الباب المفتوح لغير الاستطراق الذي قد سمعت تصريحهم بالمنع منه، اللّهمّ إلّا أن يمنع دلالتها على ذلك، بخلاف فتح الباب في الطريق.

---

(١) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤١٧.

(٢) المصدر قبل السابق: ص ٥٥.

(٣) المجموع: ج ١٣ ص ٤١٢ و٤١٣، حلية العلماء: ج ٥ ص ١٧، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥١، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٣٤.

وعلى كلّ حال، فما في الدروس عن ظاهر الشيخ من «اشتراك أهل الزقاقين في الدرب من الجانبين»[١] فتبطل حينئذٍ شفعة كلّ منهما بالكثرة، أو تثبت بناءً على ثبوتها معها.

لا وجه له مع فرض كون المراد من أهل الزقاقين ـ أي ذيهما ـ لا يشمل من فتح باباً لداريه المتلاصقين اللتين لكلّ منهما زقاق؛ ↑ ج ٢٦ / ٢٥٠
لما عرفت من عدم اقتضاء فتح الباب ذلك.

نعم، لو كانت دار واحدة لها طريقان للزقاقين اتّجه حينئذٍ ما ذكره، وتثبت الشفعة له ولهم مع فرض تحقّقها مع الكثرة والشركة في الطريق، فقد يكون لكلّ من أهل الزقاقين الشفعة في الدار ذاتها إذا بيعت مع الطريقين.

ولعلّه إلى ذلك أشار في القواعد بقوله: «ولذي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما، وفي استحقاق الشفعة حينئذٍ نظر»[٢]. وإن أكثر في جامع المقاصد في الاحتمالات فيها[٣]، والله العالم.

﴿ولو أحدث﴾ الأجنبي أو بعض أهلها ﴿في الطريق المرفوع حدثاً﴾ على غير الوجه الشرعي ﴿جاز إزالته لكلّ من له عليه استطراق﴾ من غير فرق بين المضرّ وغيره، وبين كونه في الهواء

---

(١) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / المقدّمة ج ٣ ص ٣٤١.
(٢) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٤.
(٣) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤١٧ ـ ٤١٨.

ـ كالروشن ـ أو في الأرض كالدكّة، ولا بين وقوعه بإذن بعضهم وعدمه، بل لو بقي واحد بغير إذن كان له الإزالة، بل وللآذن ذلك أيضاً لقاعدة التسلّط. وإذن بعض الشركاء لا تجدي في المال المشترك.

﴿ولو كان في زقاق بابان﴾ مثلاً ﴿أحدهما أدخل من الآخر، فصاحب الأوّل يشارك الآخر في مجازه، وينفرد الأدخل بما بين البابين﴾ على المشهور بين الأصحاب كما في المسالك[١]؛ لأنّ المقتضي لاستحقاق كلّ واحد هو الاستطراق، ونهايته بابه، فلا يشارك الداخل، بخلافه.

وقيل[٢]: يشترك الجميع في الجميع، حتّى في الفضلة الداخلة في صدرها ـ أي أسفلها ـ لاحتياجه إلى ذلك عند ازدحام الأحمال ووضع الأثقال، ولأنّ اقتصار تصرّف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيد بل متعسّر، والمتعارف الاحتياج إلى أزيد من ذلك، ولظهور اتّحاد جميع أهل الدربيّة في اليد عليها أجمع حتّى الفضلة التي تكون فيها، فالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب غير جيّد.

﴿و﴾ لعلّه لذا قوّى في الدروس الاشتراك في الجميع، كما ستسمعه إن شاء الله.

وعليه يتّضح الوجه في الحكم باشتراك الفضلة بينهما فيما ﴿لو كان

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨١.

(٢) كما قوّاه في الدروس كما سيأتي، واستظهره في مجمع الفائدة والبرهان: كتاب الصلح ج ٩ ص ٣٨٢، ونقله بلفظه في مسالك الأفهام: (انظر الهامش السابق).

في الزقـاق فـاضل إلى صـدرها﴾ أي أسـفلها ﴿وتـداعـياه﴾ أو لم يتداعياه ﴿فهما﴾ إذاً ﴿فيه سواء﴾ لما عرفت من كـونه جـزءً مـن الطريق الذي يـدهما جـميعاً عـليه بـالاستطراق وغـيره مـن وجـوه الارتفاق، على وجهٍ لا أولويّة لأحد منهما على الآخر. ج ٢٦ ٢٥١

واحتياج الداخل إلى استطراق ما بين البابين للـدخول إلى داره، لا يقتضي اختصاصه بذلك بعد ما عرفت من مشاركة غيره في الارتفاق به، وإن لم يحتج إليه في الاستطراق إلى داره.

وحينئذٍ فلا وجه لإشكال ذلك بـ«توقّف الانـتفاع بـالفضلة عـلى استحقاق السلوك إليها، فإذا لم يكن للخارج حقّ السـلوك لا يـترتّب على تصرّفه الفاسد ثبوت يد على الداخل»(١).

ولا إلى دفعه بـ«أنّ ثبوت ملك شيء لا يتوقّف على مسلك له، ومع ذلك فيمكن دخول الخارج إليها بشاهد الحال، كسـلوك غـيره مـمّن لا حقّ له في تلك الطريق، فمع فرض اشتراكهم في اليد عـليها حكـم باشتراكها فيما بينهم».

«ولا يرد مثله في المسلك بين البابين، حيث لا(٢) يجوز للـخارج دخوله بذلك؛ لأنّ الداخل له عليه يد بالسلوك المسـتمرّ عـليه، الذي لا يتمّ الانتفاع بداره إلّا به، بخلاف الفضلة، فإنّ يدهم فيها سـواء؛ إذ لا تصرّف لهم فيها إلّا بالارتفاق، وهو مشترك»(٣).

(١ و٣) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٢.

(٢) ليست في المسالك.

إذ هو كما ترى، بعد ما عرفت من أنّ يد الداخل على ما بين البابين لا تنافي يد غيره أيضاً عليه؛ بالسلوك فيه للفضلة أو لغيرها من مقامات الارتفاق.

فالتحقيق حينئذٍ: بناء ذلك على اشتراك الجميع في الجميع، الذي قوّاه في الدروس[1].

ويؤيّده: ظهور اتّحاد كيفيّة إحياء الطريق المرفوع والطريق العامّ، فكما أنّ اتّخاذ جملة من المسلمين طريقاً على جهة العموم يفيد الحقّ للمسلمين كافّة ـ حتّى لمن لم يستطرقه منهم؛ لأنّه وقع ممّن وقع بعنوان الجميع ـ كذلك الطريق الخاصّ الذي اتّخذ طريقاً إلى دورهم على جهة الاشتراك بينهم في سائر وجوه الارتفاق التي منها الاستطراق إلى الدار، فكلّ منهم قد اتّخذه لجميعهم على هذا الوجه؛ ولذا كان بينهم أجمع على الشركة.

﴿و﴾ من ذلك يعلم النظر فيما ذكره المصنّف وغيره من متأخّري الأصحاب[2]: من أنّه ﴿يجوز للداخل أن يقدّم بابه﴾ إلى الخارج ﴿وكذا الخارج﴾ يجوز أن يقدّم بابه ﴿و﴾ لكن ﴿لا يجوز لـ﴾ـه أي ↑ ج ٢٦
﴿الخارج أن يدخل بابه[3]﴾ إلى أسفل ﴿وكذا الداخل﴾ بالنسبة إلى ٢٥٢

---

(١) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / المقدّمة ج ٣ ص ٣٤١.

(٢) كالعلّامة في القواعد: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٤، والكركي في جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤١٩ ـ ٤٢٠، والشهيد الثاني في المسالك: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: ببابه.

الأدخل الذي هو خارج بالقياس إليه .

فإنّ ذلك كلّه مبني على اختصاص كلّ داخل عن الخارج بما دخل عنه ومشاركته فيما خرج .

فيجوز للداخل إخراج بابه ؛ لثبوت حقّ الاستطراق له في جميع الطريق إلى بابه ، فكلّ ما خرج عنه له فيه حقّ ، وله حقّ التصرّف في جداره برفعه أجمع ، فبعضه أولى .

بل مقتضى إطلاق المتن وغيره[1] : عدم الفرق بين سدّ الباب الأوّل وعدمه ، بل صرّح به بعضهم[2] ، وإن توقّف فيه آخر[3] ؛ باعتبار اقتضاء ذلك تعدّد حقّ الاستطراق إلى الدار ، لكنّه في غير محلّه .

بخلاف الخارج ، فإنّه لا حقّ له في الاستطراق إلى أزيد من بابه ، فليس له حينئذٍ أن يدخلها .

وإن كان ربّما أشكل ذلك : بأنّه قد كان له في السابق فتح بابه من أيّ جهة شاء من جداره ، بل له رفع الجدار أجمع ، فلا وجه لعدم جواز إدخال بابه .

لكن قد يدفع : بأنّه وإن كان له ذلك قبل ذلك إلّا أنّه تشخّص حقّه بالباب التي استطرقها ، فله حينئذٍ الاستطراق من أيّ جهة شاء من

---

(١) كإرشاد الأذهان: الديون / في الصلح ج ١ ص ٤٠٦.

(٢) كالعلّامة في التذكرة: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٥٢، والشهيد الثاني في المسالك: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٣.

(٣) يظهر التوقّف من الشهيد في الدروس على ما ذكره في المناهل، انظر الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / المقدّمة ج ٣ ص ٣٤٠.

جداره، منتهياً إلى تلك الباب دون الأدخل منها. ورفع الجدار كلّه لا يقتضي ثبوت حقّ الاستطراق له من أيّ جهة منه، بل بناءً على انتهاء اختصاصه إلى بابه يكون كذلك بعد رفع الجدار أيضاً.

نعم، ذلك كلّه مبني على الاختصاص والاشتراك المزبورين، أمّا بناءً على ما ذكرناه من اشتراك الجميع في الجميع فالمتّجه حينئذٍ تساوي الإخراج والإدخال من كلّ منهم في الجواز وعدمه؛ لتساوي الجميع في الاستحقاق.

وقد يقوى الجواز بالنسبة إلى الاستطراق الذي بناء الشركة على عدم معارضة أحدهم الآخر فيه، فيخيّر في فتح بابه من أيّ جهة شاء من جداره، خارجاً عن بابه الأُولى أو داخلاً، بل مع سدّ الأُولى وعدمه؛ لأنّ له حقّ الاستطراق متّحداً أو متعدّداً من أيّ جهة شاء.

نعم، ليس لأحدهم إخراج روشن أو جناح أو ساباط بدون إذن جميعهم؛ لخروجه عن الاستطراق الذي وضع الاشتراك فيه على ما عرفت. ولو قلنا باختصاص الداخل بما بين البابين اتّجه حينئذٍ عدم ↑ ج ٢٦
اعتبار إذنه في الجناح والروشن والساباط ونحوها؛ لعدم الحقّ له ٢٥٣
حينئذٍ، وإنّما يتوقّف على إذن غيره ممّن هو أدخل باباً إن كان، وإلّا لم يحتج إلى إذن أصلاً.

قال في الدروس: «ولو كان في أسفل الدرب فضلة فهم مستوون فيها؛ لارتفاقهم بها. وقال متأخّرو الأصحاب: إنّ ذا الباب الخارج إنّما يشارك إلى موضع بابه، ثمّ لا مشاركة، حتّى أنّ الداخل ينفرد بما بقي.

ويحتمل التشارك في الجميع كالفضلة؛ لاحتياجهم إلى ذلك عند ازدحام الأحمال ووضع الأثقال، فعلى الأوّل ليس للخارج حقّ في المنع من الروشن وشبهه فيما هو أدخل منه، ويكفي إذن من له فيه حقّ. وعلى الثاني لابدّ من إذن الباقين. وهو عندي قويّ»[١]. وهو كما ذكرنا.

وكذا ما فيها أيضاً: «درس في الجدار: أمّا الخاصّ فلمالكه التصرّف فيه بما شاء؛ من فتح كوّة للاستضاءة ووضع الجذوع وغير ذلك حتّى رفعه من البين. ويتخرّج من هذا جواز إدخال الباب بغير إذن الجار في المرفوعة»[٢].

نعم، ما ذكره سابقاً يخالفه في الجملة ـ وإن كان قد يشهد له في الجملة خبر الدعائم[٣] ـ قال: «وأمّا السكّة المرفوعة ـ أي المنسدّة الأسفل ـ فلا يجوز إحداث روشن ولا جناح فيها إلّا بإذن جميع أهلها، سواء كان في أسفلها أو أعلاها، ولا فتح باب أدخل من بابه، سدّ بابه أو لا. ويجوز له إخراج بابه وإن لم يسدّ الأوّل على قول. ولو أذن أهل الأسفل في إدخال الباب فهل لأهل الأعلى المنع؟ فيه إشكال: من عدم استطراقهم، ومن الاحتياج إليه عند ازدحام الدوابّ والناس، وهو أقوى»[٤].

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٤١.

(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٧ ج ٣ ص ٣٤٢.

(٣) تقدّم في ص ٤٨٩.

(٤) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / المقدّمة ج ٣ ص ٣٤٠.

إذ قد عرفت أنّه بناءً على الاشتراك يتّجه له الجواز في الباب، بناءً على ما سمعت من عدم حقّ لأحدهم في المعارضة فيه؛ لبناء مثل هذه الشركة على ذلك. وإنّما هو كذلك بالنسبة إلى الروشن والجناح ... وغيرهما.

أمّا الفضلة: فيمكن أن تكون كذلك أيضاً، فلكلّ منهم إخراج بابه منها من غير حاجة إلى إذن الآخر، بل مع منعه؛ لكونها جزءً من الطريق الذي قد عرفت أصل وضعه لذلك. ويمكن عدم الجواز إلّا بإذن الجميع؛ لعدم إعدادها للاستطراق وإن انتفعوا بها في غيره، أمّا الروشن والجناح إليها[1] فلا إشكال في الحاجة إلى إذن الجميع. ج ٢٦ / ٢٥٤

وبذلك كلّه بان: أنّ إطلاق الأصحاب سابقاً «أنّ الطريق المرفوع ملك لأربابه، وأنّه لا يجوز لأحد منهم أو من غيرهم إخراج روشن أو جناح أو ساباط أو فتح باب، ولو للاستضاءة» غير مراد منه ظاهره على جهة العموم، بل هو على الإهمال، وإلّا لنافاه ما سمعته من كثير منهم ممّن صرّحوا: بكيفيّة اشتراكه، وبالفرق بين الداخل والخارج بالنسبة إلى فتح الباب وغيره، وإن كان هو على مختارنا أليق منه على غيره.

فما وقع لبعضهم[2] من الإشكال في ذلك ـ حتّى ظنّ التدافع بين كلماتهم ـ في غير محلّه، هذا.

---

(١) ضرب عليها في بعض النسخ.

(٢) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الديون / في الصلح ج ٩ ص ٣٧٥ فما بعدها.

﴿و﴾ قد بان لك أيضاً ممّا تقدّم سابقاً: أنّه ﴿لو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشناً﴾ مثلاً، غير مضرّ بالمارّة ﴿لم يكن لمقابله﴾ ولا لغيره ﴿معارضته ولو استوعب عرض الدرب﴾ ما لم يضع منه شيئاً على جداره.

للأصل، والسيرة المستمرّة على معاملته معاملة المباح، من غير اختصاص لأهل الدور في شيء منه، من غير فرق بين ما قابله منهم وعدمه.

بل صرّح غير واحد ـ منهم الفاضل[1] ﴿و﴾ الشهيدان[2] ـ بأنّه ﴿لو سقط ذلك الروشن، فسبق جاره إلى عمل روشن، لم يكن للأوّل منعه؛ لأنّهما فيه شرع، كالسبق إلى القعود في المسجد﴾ فقام منه. ولم يملك الأوّل الموضع بوضع الروشن فيه، وإنّما اكتسب أولويّة سبقه إليه، فإذا زال أثره زالت، كالقعود في المسجد والسوق، بل لو فرض أنّ الثاني أخرب روشن الأوّل لم يكن له إزالة ما وضعه الثاني، وإن كان قد ضمن الأرش واكتسب الإثم في الإزالة. وكذا الكلام في المسجد وشبهه.

لكن قد يناقش أوّلاً[3]: بصدق الغصب واستصحاب بقاء حقّه، بل قد يناقش في نحو المقام: بأنّه قد ملكه بالحيازة بناءً على كونه مباح

---

(١) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٤٥.

(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / المقدّمة ج ٣ ص ٣٤٢، مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٣.

(٣) ليس لها عدل ظاهر في العبارة.

الأصل ـ على ما صرّح به في الدروس[١] ـ فيستمرّ حينئذٍ على ملكه، وإن زال أثره.

ج ٢٦ / ٢٥٥ وقد احتمل في الدروس الملك في نحو المقام على بُعد، قال: «فرع: لو جعل المقابل روشناً تحت روشن مقابله أو فوقه، فهل للسابق منعه؟ لم أقف فيه على كلام، وقضيّة الأصل عدم المنع، إلّا أن يقال: لمّا ملك الروشن ملك قراره وهواءه، وهو بعيد؛ لأنّه مأذون في الانتفاع، وليس ملزوماً للملك»[٢].

قلت: ينبغي بناء المسألة على أنّ الطريق المحيا بالاستطراق يكون ملكاً لمن أحياه هو مع هوائه، فأرض الطريق حينئذٍ وما تحتها وهواؤها ملك للمسلمين، إلّا أنّه جرت السيرة والطريقة على تصرّفهم فيه بما لا ضرر فيه على مارّتهم، وحينئذٍ فلا يملك ذو الروشن ـ مثلاً ـ شيئاً من الهواء، بل هو على ملك المسلمين، وإنّما له حقّ اختصاص، فإذا زال أثره زال حقّه.

أو أنّ المسلمين إنّما لهم منه حقّ الاستطراق، فالفضاء والأسفل باقٍ على الإباحة الأصليّة يملكه من يحوزه، ويجري عليه حينئذٍ حكم ذلك؟

لم أعثر على تحرير لهم في ذلك، والذي ذكرناه سابقاً الأوّل، وقلنا: إنّ حاله كحال الطريق الخاصّ في الكيفيّة، بل هو الموافق

---

(١) انظر «الدروس» في الهامش قبل السابق.

(٢) انظر «الدروس» المتقدّم آنفاً.

لقاعدة: «من ملك أرضاً ملك هواءها وقرارها إلى عنان السماء وتخوم الأرض»[١]. ولا ريب في ملك المسلمين نفس أرض الطريق بالاستطراق، فيتبعها ذلك، وحينئذٍ فالمتّجه أنّ للسابق حقّ اختصاص سبقه، فمتى زال أثره زال حقّه، والله العالم.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا التمس وضع جذوعه﴾ مثلاً ﴿على[٢] حائط جاره لم يجب على الجار إجابته، ولو كان خشبة واحدة﴾ عندنا؛ للأصل، بل الأُصول، كما لا يجوز له الوضع بدونها؛ لقوله صلى الله عليه وآله: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه»[٣]، ولقاعدة: «عدم التصرّف في مال الغير بغير إذنه»[٤].

فما عن أحمد ومالك ـ بل والشافعي في القديم وإن كان مع شروط ثلاثة: عدم احتياج مالك الجدار إلى وضع الجذع عليه، وأن لا يزيد الجار في رفع الجدار ولا يبني عليه أزجاً ولا يضع عليه ما لا يحتمله ويضرّ به، وانحصار الحاجة في الرابع؛ لأنّه مالك للجوانب الثلاثة، أمّا

(١) المبسوط: آداب القضاء / ذكر القاسم ج ٨ ص ١٤٠، الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٨ ج ٣ ص ٣٤٧، مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤، كشف اللثام: القضاء / كيفيّة القسمة ج ١٠ ص ١٧٧، الحدائق الناضرة: الصلح / المطلب الأوّل ج ٢١ ص ١١٢.

(٢) في نسخة الشرائع: في.

(٣ و٤) انظر هامش (٣) من ص ٣٨١.

إذا كان الكلّ للغير لم يضع الجذوع عليها قولاً واحداً ـ من أنّ له الوضع بدونها، بل يجبر مع الامتناع[١]؛ لخبر أبي هريرة عنه صلى الله عليه وآله: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره»[٢]. ج ٢٦ ٢٥٦

واضح الفساد؛ ضرورة وجوب طرح مثل هذا الخبر المعارض لأُصول المذهب وقواعده.

﴿لكن يستحبّ﴾ إجابته؛ لما ورد من الحثّ على قضاء الحوائج[٣]، والتوصية بالجار[٤]، بل يمكن الحكم بكراهيّة المنع؛ للخبر المزبور ولغيره ﴿و﴾ حينئذٍ ف﴿لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع إجماعاً﴾ بقسميه؛ للأصل وغيره، بل ظاهرهم ذلك وإن استلزم ضرراً عليه بفعل المقدّمات من بناءٍ وغيره.

﴿وبعد الوضع﴾ المستلزم نقضه للضرر ﴿لا يجوز﴾ الرجوع عند الشيخ[٥] ومن تبعه[٦] ﴿لأنّ المراد به﴾ للمستعير والمعير ﴿التأبيد﴾ فهو

---

(١) المهذّب (للشيرازي): ج ١ ص ٣٤٢، المجموع: ج ١٣ ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨، حلية العلماء: ج ٥ ص ١٥، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ١٥١، الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٣٩١، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٣٦ ـ ٣٧، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٣٧.

(٢) المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ١ و٢ ج ٥ ص ٣٦٥، صحيح ابن حبّان: ح ٥١٤ ج ٢ ص ٢٧٠، معرفة السنن والآثار: ح ٣٦٦١ ج ٤ ص ٤٦٨، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٦٨، المسند (للشافعي): ص ٢٢٤.

(٣) أُصول الكافي: الإيمان والكفر / باب السعي في حاجة المؤمن، والباب الذي بعده ج ٢ ص ١٩٦ فما بعدها.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٨٦ من أبواب أحكام العشرة ج ١٢ ص ١٢٥.

(٥) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٢ و٢٩٧.

(٦) كابن إدريس: باب العارية ج ٢ ص ٤٣٣ ـ ٤٣٤، وابن البرّاج على ما نقله الفخر ←

حينئذٍ كالعارية للدفن، وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي إلى خراب ملك المأذون.

﴿و﴾ لكن مع ذلك فالقول بـ﴿الجواز حسن مع الضمان﴾ بل هو خيرة الفاضل[١] والكركي[٢] وثاني الشهيدين[٣]؛ لأنّه عارية، ومن لوازمها جواز الرجوع الذي هو مقتضى الاستصحاب وقاعدة تسلّط الناس... وغير ذلك.

والإلحاق بالدفن قياس مع الفارق؛ لتحريم النبش. وكذا العارية للرهن، المقتضي لتعلّق حقّ الغير به على وجهٍ يقتضي اللزوم من طرف الراهن، بخلاف ما هنا؛ فإنّه لا حرمة على المالك في خراب ملكه.

إلّا أنّه نسبه في الدروس إلى القيل مشعراً بتمريضه، واحتمل المنع من النقض، بل كأنّه مال إليه، قال: «ولو أسعفه فوضع، قيل: جاز له الرجوع لأنّه إعارة، ويحتمل المنع من النقض؛ للضرر الحاصل به فإنّه يؤدّي إلى خراب ملك المستعير، نعم تكون له الأُجرة فيها بعد الرجوع. وفي المبسوط: لا رجوع حتّى يخرب؛ لأنّ البناء للتأبيد، وللضرار.

← في الإيضاح: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٠٧.

(١) مختلف الشيعة: الأمانات / في العارية ج ٦ ص ٧٨، إرشاد الأذهان: الديون / في الصلح ج ١ ص ٤٠٥، تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٦١، تلخيص المرام: كتاب إحياء الموات ص ١٨١.

(٢) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٢٢، فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ١٨٧.

(٣) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٤ ـ ٢٨٥.

ولو قلنا بالرجوع ففي غرمه الأرش وجهان: من استناد التفريط إلى المستعير، ومن لحوق ضرره بفعل غيره»[١].

↑ قلت: الأصل في هذه المسألة ما حكاه في التذكرة عن الشافعيّة،
ج ٢٦ / ٢٥٧ ومحصّله خمسة وجوه:

أحدها: أنّ له الرجوع، ويتخيّر بين البقاء بالأُجرة والقلع بالأرش. قال فيها: «وهو أظهر قوليها».

والثاني: أنّ له الرجوع والقلع بالأرش، وأمّا البقاء بالأُجرة فمتوقّف على رضاهما بذلك. وهو خيرة ثاني الشهيدين[٢] والمحقّقين[٣]، واستحسنه في المتن.

الثالث: أنّ له الرجوع ولا يجوز له النقض، وإنّما له الأُجرة خاصّة. ومال إليه الشهيد في الدروس[٤].

الرابع: أنّ له الرجوع والقلع مجّاناً.

الخامس: أنّه ليس له الرجوع؛ بمعنى: أنّه لا يستفيد به جواز قلع ولا أُجرة[٥]. وهو الذي اختاره الشيخ[٦] ومن تبعه[٧]، بل هو ظاهر المصنّف.

ولا ريب في قوّة الرابع بناءً على أنّ له الرجوع؛ ضرورة كون المنشأ

---

(١) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٧ ج ٣ ص ٣٤٣.

(٢ ـ ٤) تقدّمت التخريجات آنفاً.

(٥) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٦١ ـ ٦٢.

(٦ و٧) تقدّم تخريجهما آنفاً.

في ذلك ـ على تقدير القول به ـ أنّ حكم هذه العارية حكم غيرها من العواري التي يعتبر في بقائها استدامة الإذن ، فمع فرض انقطاعها يبطل حكمها ، فيبقى وضع بلا إذن .

والضرر اللاحق بالقلع إنّما يجيء من خطاب الشارع له بتخليص ملك الغير ورفعه عنه ، وبذلك لا يعدّ كون المعير متلفاً لا مباشرةً ولا تسبيباً ، كي يتّجه ضمانه الأرش ، خصوصاً بعد إقدام المستعير على الوضع بالإذن المفروض جواز الرجوع فيها ، فلا غرور منه ، بل وجوب الأرش إنّما يتّجه مع فرض ثبوت حقّ للمستعير في البقاء ، الذي قد فرض عدمه باعتبار ارتفاع استمرار الإذن الذي هو السبب فيه .

ومنه يعلم ما في القول : بأنّ له الرجوع ولكن لا يجوز له النقض وإنّما له الأُجرة ؛ فإنّه لا حقّ له بعد فرض انقطاع الإذن المفروض أنّ دوامها هو السبب في البقاء ، فلا حقّ له حينئذٍ فيه كي يجب على المعير مراعاته .

وقاعدة الضرر قد عرفت ما فيها ، على أنّ الضرر الحاصل على الغير بسبب تفريغ الملك المخاطب به شرعاً لا دليل على الضمان به ، بل الأصل يقتضي عدمه ، وإلّا لاتّجه الضمان بالرجوع قبل الوضع مع فرض حصول الضرر بفعل المقدّمات من بناءٍ ونحوه ، فلا محيص عن المجّانيّة حينئذٍ مع فرض أنّ له الرجوع . ↑ ج ٢٦ / ٢٥٨

نعم ، قد يتّجه ما ذكره الشيخ ـ من عدم جواز الرجوع ـ باعتبار أنّ العارية المبنيّة على الدوام سببها ابتداءً واستدامةً إنّما هو الإذن الأُولى

التي لا يتصوّر فيها رجوع بعد صدورها ، بل يكون حينئذٍ الرجوع فيها كالرجوع بالإذن فيما مضى من العارية ، وهذا معنى قول الشيخ : «لأنّ المراد الدوام والتأبيد»[١].

ومحصّله : أنّ عارية الدوام عرفاً هكذا ، وقد شرّعها الشارع بشرعه للعارية على هذا الوجه ، وهو معنى لا ينافي كون العارية من العقود الجائزة ، المعلوم إرادة ما كان استمرار الإذن فيها هو المقتضي للبقاء ، لا ما كان فيها علّة الدوام والابتداء واحدة ، وهي الإذن الأُولى التي لا يتصورّ فيها رجوع .

ولعلّ من ذلك : العارية للدفن ، لا لأنّ النبش محرّم ، فإنّ حرمة النبش لا تنافي جواز الرجوع المقتضي لتعيّن الأُجرة حينئذٍ ، وكذا إعارة المكان للصلاة التي يحرم الإبطال على الداخل بها .

كما أنّ من ذلك يتّجه حينئذٍ عدم انفساخها بالإغماء أو الجنون للمعير أو المستعير ، بل والموت ، وانتقال الدار إلى وارثٍ أو مشترٍ آخر ... ونحو ذلك ، الذي لا يخفى ما في دعوى التزام الانفساخ بذلك كلّه ، وخصوصاً مع دعوى وجوب الأرش أو الأُجرة حينئذٍ أو الإذن الجديدة من المعير ، فإنّ دعوى وجوب الأرش على المعير بانفساخ العارية بجنون المستعير مثلاً ـ إن لم يأذن جديداً ـ ممّا لا يلتزمها من له أدنى رائحة في الفقه .

بل قد يقال : إنّ قاعدة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.

يقتضي لزوم العارية على المعير ؛ باعتبار أنّه بإذنه في ذلك يترتّب الخطاب الشرعي وهو حرمة الإضرار وحرمة تضييع المال ... ونحو ذلك ، مثل العارية للرهن الذي تعلّق به حقّ الغير ، واندرج تحت ما دلّ على لزوم الرهن ، الذي لا يعارضه جواز الرجوع بالعارية من حيث نفسها إلّا إذا قارنها أمر آخر خارج عنها ، وكالإذن بالدخول في الصلاة الذي يترتّب عليه حرمة الإبطال ، فتأمّل جيّداً ، فإنّه تحقيق وتدقيق .

ثمّ إنّ الأرش على تقدير وجوبه فهل هو نقص آلات الوضع بالهدم ، أو تفاوت ما بين العامر والخراب؟ وجهان ، ينشآن : من كونه بهيئته حقّاً ↑
لبانيه ، فجبره بتفاوت ما بين كونه عامراً وخراباً ؛ لأنّ ذلك هو نقص ج ٢٦ / ٢٥٩
الماليّة ، ومن أنّ نقص هذه الماليّة مستند إلى ملك صاحب الجدار ، فلا يضمنه ، إنّما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب إتلافه وفواته .

ولكن لا يخفى عليك قوّة الأوّل ؛ لأنّ جميعه مال للواضع ، غايته كونه موضوعاً على ملك الغير ، وذلك الملك إنّما أثّر جواز النقض ، لا المشاركة في الماليّة .

بل قد يقال : إنّ المتّجه ضمانه أيضاً كلّ ضرر يحدث في ملك المالك بسبب النقض المزبور ، فتأمّل ، والله العالم .

هذا كلّه في الرجوع قبل انتهاء أمده .

﴿أمّا لو﴾ انتهى ف﴿انهدم لم يعد الطرح إلّا بإذن مستأنف﴾ لانقطاع حكم الإذن الأُولى بانقطاع زمان المأذون فيه الذي قد اقتضاه الإذن فيه .

﴿و﴾ لكن ﴿فيه قول آخر﴾ محكيّ عن الشيخ في المبسوط، وهو أنّه «إن أعاده بالهيئة الأُولى لم يكن له منعه من ردّ الخشب والسقف عليه. وإن أعاده بغيرها كان له منعه»[١].

وفيه ما لا يخفى من انقضاء مقتضى الإذن الأُولى، فليس له العود بدون الجديدة، فضلاً عمّا لو منع.

ودعوى: أنّ الإذن الأُولى قد اقتضت الدوام على الوجه المزبور ـ بمعنى: كونها في صنف الوضع وإن تعدّدت أشخاصه ـ واضحة المنع، بل مع فرض التصريح بها لا يثبت ذلك، وإن قلنا بأنّ عارية الدوام لازمة لكن بمعنى أنّها بالنسبة إلى ذلك الشخص، لا الصنف. وكذا العارية للغرس والبناء ونحوهما.

نعم، لو فرض انهدامه بهدم هادم لا بانتهاء عمره، أمكن تخريجه على مذهب الشيخ.

كما أنّه يمكن أن يكون كلامه في غير ما نحن فيه: من أنّ واضع الجذوع الذي لا يعلم كيفيّته يحكم باستحقاقه ذلك، حتّى يعلم كونه عارية؛ ضرورة ظهور تصرّفه في استحقاقه ذلك، فيتّجه حينئذٍ وجوب بناء الجدار على المالك لو فرض انهدامه؛ مقدّمةً لحصول حقّ الوضع، هذا.

ولكن في المسالك ـ بعد أن ذكر خلاف الشيخ ـ قال: «وكثير من الأصحاب لم يذكروا هنا خلافاً، ويمكن أن يكون سببه أنّ الشيخ ذكر

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٨.

أوّلاً في الكتاب أنّه لو انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الإعادة إلّا بإذن مستأنف، ولم يتردّد في ذلك، فاطّرحوا قوله الآخر، وهو قول لبعض الشافعيّة، كما أنّ القول الآخر لهم، فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب»[1]، والله العالم. ج ٢٦ / ٢٦٠

﴿ولو صالحه على الوضع ابتداءً جاز، بعد أن يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها﴾ أو يشاهدها، ولو لكون الصلح في أثناء الوضع؛ للاختلاف في ذلك.

بل ذكر غير واحد: أنّه لابدّ ـ مع ذلك ـ من ذكر المدّة المضبوطة[2]؛ لكونه حينئذٍ هنا كالإجارة.

وفيه: منع اعتبارها؛ لعموم الصلح، فيصحّ حينئذٍ بقصد الدوام، بل يمكن أن يريد من اعتبرها ما يشمل قيد الدوام، خصوصاً بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقي.

بل قد يقال: بعدم الحاجة إلى معرفة طول الخشب ووزنه وعدده؛ لما عرفت من عدم ثبوت مانعيّة ما عدا الإبهام من الجهالة فيه. والمرجع حينئذٍ في ذلك إلى ما يحتمله مثل الحائط المزبور، كما أنّ ذلك هو المرجع في الآجر واللبن.

بل وكذا لو كان الصلح على بناء زيادة على حائطه، فلا يفتقر إلى

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٢) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٤، الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٧ ج ٣ ص ٣٤٣، مسالك الأفهام: (الهامش السابق: ص ٢٨٦)، مجمع الفائدة والبرهان: الديون / في الصلح ج ٩ ص ٣٦١.

ذكر الطول وسمك اللبن، خلافاً لبعضهم فأوجبه؛ لاختلاف الضرر باختلافهما[١].

وفيه: أنّه لا دليل على مانعيّة مثل ذلك.

هذا كلّه في الوضع على حائط مملوك.

أمّا لو كان موقوفاً بحيث لا يكون له مالك مخصوص ـ كالمسجد وشبهه ـ لم يجز لأحد البناء عليه ولا الوضع بغير إذن الحاكم قطعاً، وليس له الإذن بغير عوض قطعاً أيضاً، أمّا معه وفرض المصلحة ففيه وجهان، أجودهما في المسالك العدم[٢]. وقوّاه في الدروس «لأنّه تصرّف في الوقف بغير ما وضع له، ولأنّه يثمر شبهة»[٣]. ولكنّ الإنصاف: عدم خلوّ الأوّل عن قوّة.

ولو كان الوقف خاصّاً جاز للناظر أو الحاكم مع ملاحظة مصلحة البطون، فيمضي حينئذٍ عليهم. وليس لأهل البطن الأوّل ذلك؛ لما فيه من الضرر على البطون المتأخّرة، الذي لا يندفع بعدم إجازتهم فيما بعد، كما هو واضح.

المسألة ﴿الثالثة﴾

↑ ج ٢٦ / ٢٦١

﴿لو[٤] تداعيا جداراً﴾ بين ملكيهما ﴿مطلقاً﴾ ليس لأحدهما يد

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٢، الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٧ ج ٣ ص ٣٤٣، مسالك الأفهام: (انظر الهامش اللاحق).

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٦.

(٣) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٧ ج ٣ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: إذا.

اختصاص عليه ﴿ولا بيّنة﴾ حلف كلّ واحد منهما لصاحبه على ما تقتضيه يده من النصف، فإن نكل أحدهما كان الجميع للآخر إن قلنا: يقضى بالنكول، وإلّا حلف وصار الجميع له. وإن نكل هو أيضاً ففي التذكرة: «هو ـ أي النصف ـ لهما»(١).

وفي أحد وجهي الشافعي: أنّه يحلف كلّ واحد منهما على الجميع؛ لأنّه الذي ادّعاه(٢).

قال في التذكرة: «وعليه فإذا حلّف الحاكم أحدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الآخر عليه أيضاً، فإذا حلف قسّم الجدار بينهما؛ لعدم الأولويّة، فإن نكل الآخر بعد حلف الأوّل على الجميع حكم للحالف به من غير يمين أُخرى. ولو حلف الثاني على النصف بعد أمر الحاكم له على الحلف بالجميع، ففي الاعتداد بهذا اليمين وعدمه وجهان، وعلى الأوّل يكون النصف بينهما، مع احتمال أنّه للثاني خاصّة. وإن قال في جواب الحاكم ـ قبل الحلف ـ: إنّي لا أحلف إلّا على النصف كان في الحقيقة مدّعياً للنصف»(٣).

فقول المصنّف: ﴿فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضي له﴾ ظاهر في موافقة الشافعي، اللّهمّ إلّا أن يريد أنّه مع النكول يحلف يميناً واحدةً على الجميع، قائمةً مقام اليمين المردودة ويمين الإنكار. لكنّه

(١) تذكرة الفقهاء: الصلح / في التنازع ج ١٦ ص ١٠٠.
(٢) الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٣٨٧.
(٣) الهامش قبل السابق: ص ١٠٠ ـ ١٠١.

كما ترى أيضاً.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿إن حلفا أو نكلا قضي به بينهما﴾ لعدم الترجيح.

وأُسّ الجدار يتبع من يكون الجدار له اختصاصاً أو اشتراكاً، فلو تنازعا فيهما حينئذٍ وأقام أحدهما بيّنة بالجدار فهو ذو يد في الأُسّ، وكذا الشجرة مع المغرس؛ وذلك لأنّ كون الجدار حائلاً بين الملكين أمارة على اشتراك اليد، ولا دلالة على اشتراكهما في الأُسّ والمغرس، فإذا ثبت الجدار لأحدهما اختصّت به[1].

﴿و﴾ كيف كان، فهذا كلّه إذا لم يكن لأحدهما يد اختصاص، أمّا ﴿لو﴾ فرضت بأن ﴿كان متّصلاً ببناء أحدهما﴾ اتّصال ترصيف بتداخل الأحجار واللبن فيه وفي حائطه المختصّ به، كما يظهر ذلك في الزوايا، على وجه دالّ على أنّه جدار واحد ـ أو كان لأحدهما عليه قبّة أو سترة على وجهٍ يكونان من الجدار نفسه، كما صرّح به في التذكرة... أو نحو ذلك ـ دون الآخر ﴿كان القول قوله بيمينه[2]﴾ مع ↑ ج ٢٦
فقد البيّنة؛ لصيرورته بذلك صاحب يد. ٢٦٢

نعم، لو اتّصل بهما معاً كذلك، أو كان البناء لهما، أو اختصّ أحدهما بصفة والآخر بالأُخرى، فاليد لهما حتّى لو كان لأحدهما واحدة والباقي مع الآخر؛ إذ لا أثر لزيادة اليد في الترجيح، فيحلفان

(١) في بعض النسخ بدلها: يده.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: مع يمينه.

ويقسّم بينهما، كما يقسّم لو نكلا ... إلى تمام ما عرفته سابقاً.

ولو بني الجدار على جذع داخل طرفه في بناء أحدهما، ففي التذكرة: «كان بذلك صاحب يد»[١].

ونظر فيه في الدروس: من أنّه كالأُسّ أو كالجزء، قال: «ولو اتّفقا على ملكيّة الجذع لصاحب الجدار المولج فيه، فاحتمال اختصاصه أقوى»[٢].

وظاهره قوّة الاختصاص في الأوّل، ولعلّه كذلك؛ ضرورة ظهور الفرق بينه وبين الأُسّ: بكون الخشبة شيئاً واحداً، بخلاف الأُسّ، فإنّه أجزاء متعدّدة باعتبار تعدّد آلاته، والله العالم.

﴿ولو[٣] كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، قيل﴾ والقائل الشيخ[٤]: ﴿لا يقضى بها﴾ لجريان العادة بالتسامح للجار في ذلك، بل قد سمعت أنّ مالكاً وأحمد[٥] لم يجوّزا منعه؛ للخبر المزبور[٦]، ولدلالة كونه بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما، فوضع الجذوع من أحدهما مزيد انتفاع، كاختصاص أحد الشريكين الساكنين بزيادة الأمتعة، بل قد سمعت أنّ زيادة التصرّف لا تقتضي الترجيح بعد الاشتراك بما يقتضي كون اليد لهما.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الصلح / في التنازع ج ١٦ ص ١٠٠.

(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٩ ج ٣ ص ٣٥٠.

(٣) في نسخة الشرائع: وإن.

(٤) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٦، الخلاف: الصلح / مسألة ٤ ج ٣ ص ٢٩٥ ـ ٢٩٦.

(٥ و٦) تقدّما في ص ٥٠٧ ـ ٥٠٨.

﴿وقيل[1]: يقضى﴾ بها لذيها ﴿مع اليمين، وهو الأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده؛ لأنّه تصرّف دالّ على الاختصاص بالملكيّة على وجهٍ لا يعارضه التسامح المزبور ما لم يعلم، ولمنع دلالة كونه بين ملكيهما على اليد إذا لم ينضمّ إليه تصرّف بوجه من الوجوه السابقة، كما في المسالك.

قال: «وحينئذٍ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع، ويبقى الآخر خالياً، ويكون حكمه حكم ما سلف من المرجّحات، ولو جامعها اعتبر ما فصّلناه»[2].

وفيه: أنّه لا إشكال في كونه يداً لهما كما اعترف به هو سابقاً؛ ولذا لو ادّعاهما به أجنبي كان القول قولهما بيمينهما. ↑ ج ٢٦ / ٢٦٣

نعم، هي يد لا تعارض ما يدلّ عليه الوضع عادةً من الاختصاص إذا كان الوضع على وجه ظاهر في كونه في أصل بناء الجدار، فلا يد اشتراك معه، كغيره من المرجّحات السابقة التي هي علامة على اختصاص الجدار في نفسه لا من حيث كونه تصرّفاً. وما قدّمناه سابقاً من عدم الفرق بين الاتّحاد والتعدّد إنّما هو في يد الاختصاص، لا مثل هذه اليد التي يعتبر في الحكم بها لهما عدم ما يقتضي الاختصاص عادةً ﴿و﴾ يمكن إرادته ذلك.

---

(١) كما في السرائر: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٦٦ ـ ٦٧، واختاره في الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٩ ج ٣ ص ٣٤٩، والروضة البهيّة: كتاب الصلح ج ٤ ص ١٩٤.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٧ ـ ٢٨٨.

نعم ﴿لا ترجّح[1] دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان﴾ كالكتابة والتزيين والوجه الصحيح من اللبن لو بناه بأنصاف اللبن ﴿ولا الروازن﴾ والطين.

لا «لإمكان إحداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار» كما في المسالك، بل فيها: «ومثله الدواخل فيه، كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة؛ لما ذكر»[2]. إذ هو منافٍ لأصالة الصحّة في تصرّف المسلم.

بل لعدم دلالتها عادةً على الاختصاص بحيث تقطع يد الاشتراك؛ إذ الروزنة ونحوها إنّما تصنع غالباً لبيان الاستحقاق في الجدار، لا استحقاقه. وحينئذٍ لا فرق في ذلك بين احتمال حدوثها وعدمه في عدم قطع[3] يد الاشتراك المتوقّف على وجود ما يرجح عليه ممّا يدلّ على الاختصاص ولو بأمارة ظنّيّة شرعيّة، كالترصيف بين الجدارين الظاهر في أنّه جدار واحد، وكذا القبّة والسترة الكائنتان في الجدار نفسه.

والحاصل: أنّ أمارة الاختصاص تكون على وجهين، أحدهما: في الجدار نفسه، وثانيهما: في التصرّف ولو كان طارئاً إذا كان على وجهٍ يقتضي الاختصاص بالمتصرّف وإن كان التصرّف حادثاً، فتأمّل.

---

(١) في نسخة الشرائع: لا يرجح.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٢٨٨.

(٣) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: رفع.

﴿ولو اختلفا في خصّ﴾ بالضمّ: ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجزاً بين الملكين ﴿قضي لمن إليه﴾ منهما ﴿معاقد القمط﴾ بالضمّ أيضاً: جمع قماط: وهي شداد الخصّ من ليف أو خوص أو غيرهما ﴿عملاً بالرواية﴾.

وهي صحيحة منصور بن حازم المرويّة في الكافي[١] والتهذيب[٢] ج ٢٦ / ٢٦٤ عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن خصّ بين دارين؟ فذكر[٣] أنّ عليّاً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله القمط»[٤].

ورواها أيضاً في الكافي بسند آخر صحيح أو حسن عنه، إلّا أنّه قال: «عن حظيرة»[٥].

وكذا الصدوق، إلّا أنّه قال: «فزعم» عوض: «فذكر[٦]»[٧].

المعتضدة: بخبر عمرو بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عن أبيه[٨] عن عليّ عليهم السلام: «أنّه قضى في رجلين اختصما إليه في خصّ؟ فقال: إنّ الخصّ للّذي إليه القماط[٩]»[١٠].

---

(١) الكافي: المعيشة / باب جامع في حريم الحقوق ح ٩ ج ٥ ص ٢٩٦.

(٢) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٠ بيع الماء ح ٣٤ ج ٧ ص ١٤٦.

(٣ و٦) الموجود في المصادر بالعكس، ففي الكافي والتهذيب: «فزعم» وفي الفقيه: «فذكر».

(٤) وسائل الشيعة: باب ١٤ من كتاب الصلح ح ١ ج ١٨ ص ٤٥٤.

(٥) الكافي: المعيشة / باب جامع في حريم الحقوق ح ٣ ج ٥ ص ٢٩٥.

(٧) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الحكم في الحظيرة بين دارين ح ٣٤١٢ ج ٣ ص ١٠٠.

(٨) في المصدر بعدها إضافة: عن جدّه.

(٩) في بعض النسخ ـ مطابقاً للفقيه ـ بدلها: القمط.

(١٠) انظر «الفقيه» في الهامش قبل السابق: ح ٣٤١٣، وسائل الشيعة: باب ١٤ من كتاب الصلح ح ٢ ج ١٨ ص ٤٥٤.

وبالعامّي: «إنّ قوماً اختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله في خصّ، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم، فحكم به لمن إليه معاقد القمط، ثمّ رجع إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فأخبره، فقال: أصبت وأحسنت»[١].

وبفتوى المعظم من الأصحاب[٢]، بل في التذكرة: نسبته إلى علمائنا[٣].

فما عن قول للشافعي: من الحكم بعكس ذلك[٤]، في غير محلّه، وكذا ما عن أبي حنيفة: من عدم الترجيح بذلك[٥]، بل وما عن المصنّف في النافع من نحو ذلك، قائلاً: إنّها قضيّة في واقعة[٦]، فلا يتعدّى الحكم. وحينئذٍ فحكم الخصّ حكم الجدار بين الملكين، سيّما بعد قول الباقر عليه السلام في خبر عمر، فتأمّل.

نعم، قد يقال: إنّه لا يتعدّى منها إلى سائر وجوه التراجيح، بل يقتصر عليها في كلّ خصّ. وأمّا غيرها فلابدّ من الترجيح بالأمارة العاديّة في رفع يد الاشتراك، والله العالم.

---

(١) سنن ابن ماجة: ح ٢٣٤٣ ج ٢ ص ٧٨٥، سنن الدارقطني: ح ٤٤٩٨ ج ٤ ص ١٤٦، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٦٧.

(٢) منهم الشيخ في الخلاف: الصلح / مسألة ٣ ج ٣ ص ٢٩٥، وابن زهرة في الغنية: في الصلح ص ٢٥٥، والعلّامة في التلخيص: كتاب إحياء الموات ص ١٨٢، والكركي في جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٤٥٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / في التنازع ج ١٦ ص ١٠٥.

(٤) العزيز (شرح الوجيز): ج ٥ ص ١٢١.

(٥) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٣، حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٥، الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٣٨٨.

(٦) المختصر النافع: القضاء / في الدعوى ص ٢٨٥.

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿لا يجوز للشريك في الحائط التصرّف فيه ببناء ولا تسقيف ولا إدخال خشبة﴾ ولا غير ذلك من التصرّف ﴿إلّا بإذن شريكه﴾ بلا خلاف[١] ولا إشكال؛ لحرمة التصرّف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً، من غير فرق بين المضرّ وغيره، بل في التذكرة: «لا يجوز أخذ أقلّ ما يكون من ترابه لتتريب الكتاب»[٢].

نعم، استثني[٣] له ولغيره الاستناد إليه وإسناد المتاع ... ونحوه مع فرض عدم الضرر، وكذا الجدار المختصّ عملاً بشاهد الحال ـ كما في الدروس[٤] ـ ولأنّه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره.

مع أنّه صرّح في المسالك[٥] ـ تبعاً للتذكرة[٦] ـ بحرمة ذلك أيضاً مع منع المالك والشريك؛ لأنّه نوع تصرّف بإيجاد الاعتماد عليه. ↑ ج ٢٦ / ٢٦٥

لكن في الدروس: «هل لصاحب[٧] الجدار منع المستند والمستظلّ

---

(١) صرّح بالحكم في الخلاف: الصلح / مسألة ٦ ج ٣ ص ٢٩٧، وغنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٦، والجامع للشرائع: باب الصلح ص ٣٠٨، وقواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٤، وجامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٦٣.

(٣) كما في تذكرة الفقهاء: (المصدر السابق: ص ٦٤)، وجامع المقاصد: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٤) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٧ ج ٣ ص ٣٤٤.

(٥) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٦٤.

(٧) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة للمصدر ـ بدلها: لمالك.

إذا كان المجلس مباحاً؟ الأقرب[١] المنع مع عدم الضرر»[٢].

ومنه يعلم حينئذٍ: أنّ الجواز للإذن الشرعيّة، لا المالكيّة المدلول عليها بشاهد الحال، فلا فرق حينئذٍ بين ملكه لمولّى عليه وغيره؛ للسيرة المستمرّة.

إلّا أنّ الإنصاف: كون المتيقّن منها حال عدم التصريح بالمنع، لا مطلقاً؛ لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم، وفرق واضح بين الاستناد ونحوه وبين الاستظلال ونحوه: بالتصرّف في مال الغير في الأوّل، بخلاف الثاني.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ في المنع عن ذلك ونحوه في الجدران المشتركة بين الأملاك وفي الطرق النافذة وغيرها عسراً وحرجاً. على أنّ الانتفاع بالفضاء المملوك ـ مثلاً ـ لا يتمّ إلّا بالمماسّة للجدار، والامتناع عن بعضه مقدّمةً ليس بأولى من سقوط حرمة مثل ذلك مقدّمةً؛ جمعاً بين الحقّين، ولقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»[٣].

نعم، إنّما يقتضي ذلك جواز المماسّة لا الاستناد، ولعلّه يمكن الفرق بينهما إن لم تكن سيرة تقضي بجوازه حتّى مع المنع، هذا.

وفي المسالك: «وموضع الخلاف ما إذا كان المجلس للمستند، وإلّا لم يجز إجماعاً»[٤].

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة فيها إضافة «عدم» بعدها.

(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٧ ج ٣ ص ٣٤٤.

(٣) تقدّم في ص ٣٨١.

(٤) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٩.

وكأنّ مراده ما سمعته من الدروس من اعتبار إباحته، لا كونه ملكاً له، كما أنّ ذلك ربّما يكون شاهداً لما ذكرناه، وإلّا فلا تلازم بين حرمة المجلس وحرمة الاستناد أو اللمس.

وكذا ما فيها أيضاً من أنّه «لو بنى الشريك في ملكه جداراً متّصلاً بالجدار المشترك أو المختصّ ـ بحيث لا يقع ثقله عليه ـ جاز، ولم يكن للآخر الاعتراض عليه، ولو ألقى ثقله عليه لم يجز بدون إذنه»[١]. فإنّه ـ أيضاً ـ مبنيّ على ما ذكرنا.

نعم، ليس له حكّ شيء من آلاته، حجراً كانت أو آجراً أو لبناً، ولا الكتابة عليه ... ولا غير ذلك، وإن سلم من مظنّة الضرر؛ لقاعدة: «حرمة التصرّف في مال الغير»[٢] السالمة عن معارضة السيرة والعسر والحرج. وما في الدروس من تعليل حرمة ذلك بـ«أنّه تصرّف في ملك الغير بما هو مظنّة الضرر»[٣] ـ موهماً اعتبار ذلك في الحرمة ـ في غير محلّه، والأمر سهل.

﴿ولو انهدم﴾ الجدار أو استرمّ ﴿لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته﴾ بلا خلاف[٤] ولا إشكال؛ للأصل، وقاعدة التسلّط[٥]. ↑ ج ٢٦ / ٢٦٦

(١) المصدر السابق.
(٢) تقدّم في ص ٣٨١.
(٣) تقدّم المصدر آنفاً.
(٤) صرّح بالحكم في الخلاف: الصلح / مسألة ٩ ج ٣ ص ٢٩٨، وغنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٥، والسرائر: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٦٧، وإرشاد الأذهان: الديون / في الصلح ج ١ ص ٤٠٥، وجامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٢٤.
(٥) تقدّم في ص ٣٦٤.

بل الأقوى توقّف عمارته من الشريك خاصّة على إذن الآخر ؛ لذلك أيضاً .

خلافاً لبعضهم : فجوّزه ؛ لأنّه نفع وإحسان[١]، وحكاه في الدروس عن الشيخ[٢]، ولعلّه الظاهر من قواعد الفاضل[٣]. وفيه : منع اقتضاء ذلك الجواز .

وآخر : ففرّق بين إعادته بالآلة المشتركة فلا يشترط رضاه ، وبين إعادته بآلة من عنده فيشترط ؛ لبقائه شريكاً على الأوّل بخلاف الثاني[٤]. وفيه : ما عرفت أيضاً .

وفي الدروس : «ولو بناه أحدهما بالآلة المشتركة كان بينهما ، وفي توقّفه على إذن الآخر مع اشتراك الأساس احتمال قويّ . ولو أعاده بآلة من عنده فالحائط ملكه ، والتوقّف على إذنه هنا أقوى ، ومنع الشيخ من التوقّف على إذن الآخر . وله منع الآخر من الوضع عليه في الثانية دون الأُولى ، نعم للشريك المطالبة بهدمه ، قال الشيخ : أو يعطيه نصف قيمة الحائط ويضع عليه ، والخيار بين الهدم وأخذ القيمة للثاني»[٥].

وفيه : أنّه يكفي في قوّة الاحتمال الأوّل اشتراك الآلات وإن لم يكن الأساس مشتركاً ، كما أنّ له المنع من الوضع أيضاً مع فرض

(١) الوجيز: ج ١ ص ٣٤٨، أسنى المطالب: ج ٢ ص ٢٢٤، المجموع: ج ١٣ ص ٤١٥.
(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٨ ج ٣ ص ٣٤٥.
(٣) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٤ ـ ١٧٥.
(٤) كأنّه مال إليه في الحدائق الناضرة: الصلح / المطلب الثاني ج ٢١ ص ١٣٢ ـ ١٣٣.
(٥) تقدّم المصدر آنفاً.

اشتراك الآلات.

فما في المسالك ـ تبعاً لما سمعته عنها ـ من أنّ «له منع الشريك من وضع الخشبة مع اختصاصه بالآلات؛ دون ما لو بناه بالمشتركة»[1] في غير محلّه أيضاً. اللّهمّ إلّا أن يكون الوضع مستحقّاً له سابقاً ـ مثلاً ـ فيتّجه حينئذٍ ما ذكره.

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك: عدم جواز عمارة الشريك بدون الإذن مطلقاً.

نعم، في المسالك: «على القول باعتبار إذن الشريك لو خالف وعمّره، فهل للشريك نقضه؟ احتمال، من حيث تصرّفه في ملك غيره وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه، فصارت الكيفيّة الثانية كأنّها مغصوبة فله إزالتها».

«والأقوى: العدم إن كان بناه بالآلة المشتركة؛ لأنّ هدمه أيضاً تصرّف في مال الغير ـ وهو الشريك الذي بنى ـ فلا يصحّ كالأوّل».

«وإنّما تظهر الفائدة في الإثم والجواز إن كان بناه بغير آلته؛ لأنّه عدوان محض وتصرّف في أرض الغير، فيجوز تغييره»[2].

قلت: قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة، بل صرّح فيها: بعدم جواز نقض من بناه أيضاً[3]، لكنّه لم يصرّح في بناء الفرع على تقدير اعتبار الإذن.

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٠.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٧٣.

والمتّجه: أنّ له ذلك أيضاً، فإنّ له الامتناع من بناء الآلات المشتركة ـ كما اعترف به في جامع المقاصد[١] ـ ومن التصرّف في أرضه مع فرض الشركة في الأساس، فلم يكن الوضع حينئذٍ بحقّ، فهو ظالم لا حقّ لعرقه، فله الإزالة بلا أرش.

نعم، لو قلنا بحرمة ذلك عليه اتّجه حينئذٍ إلزامه به، كما لو هدمه ابتداءً، هذا.

وفي المسالك أيضاً أنّه «حيث يتوقّف البناء على إذن الشريك ويمتنع يرجع أمره إلى الحاكم، ليجبره على المساعدة أو الإذن، فإن امتنع أذن الحاكم. وهل له الإذن فيه بأُجرة يرجع بها على الشريك أو مجّاناً؟ الأقوى الثاني؛ لأنّ الشريك إذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الإنفاق، فإذا اختار الشريك بناءه مجّاناً فعل، وإلّا تركه»[٢].

قلت: بل قد يشكل جبره على الإذن ـ على وجهٍ تقوم إذن الحاكم مقامه ـ: بأنّ له الامتناع منها؛ لقاعدة: التسلّط[٣] وعدم حلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه[٤] وغيرهما، ومن هنا أنكر عليه ذلك في الحدائق[٥]، خصوصاً بناءً على مختاره سابقاً[٦] من اعتبار الإذن في الجواز للشريك حتّى لو أراد بناءه من غير رجوع عليه، وأنّه يأثم

---

(١) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٢٥.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٠.

(٣) تقدّمت في ص ٣٦٤.

(٤) تقدّم في ص ٣٨١.

(٥) الحدائق الناضرة: الصلح / المطلب الثاني ج ٢١ ص ١٣٣.

(٦) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٩.

لو بناه من غير إذن... إلى غير ذلك من عباراته التي هي كعبارة غيره من الأصحاب ـ خصوصاً مثل إطلاق المصنّف وغيره[١]، وخصوصاً مثل عبارات التذكرة[٢] ـ في الظهور أو الصراحة في عدم وجوب الإذن عليه بناءً على اعتبار إذنه.

نعم، في جامع المقاصد: «فرع: لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها، فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها، فليس ببعيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخيّر الشريك بين عدّة أُمور: من بيع وإجارة وموافقة على العمارة ... وغير ذلك من الأُمور الممكنة في ذلك؛ عملاً بقوله: (لا ضرر ولا ضرار)[٣]، ولأنّ في ترك جميع هذه الأُمور إضاعة للمال وقد نهي عنها. ولم أظفر بتصريح، فينبغي أن يلمح»[٤].

↑ قلت: قد يشهد له ـ في الجملة ـ ما في دعائم الإسلام، قال: «روينا
ج ٢٦ / ٢٦٨ عن جعفر بن محمّد (صلوات الله عليه) أنّه سئل عن جدار الرجل وهو سترة فيما بينه وبين جاره سقط، وامتنع من بنيانه؟ قال: ليس يجبر على ذلك، إلّا أن يكون وجب ذلك لصاحب الدار الأُخرى أو شرط في أصل الملك، ولكن يقال لصاحب المنزل: استر على نفسك

(١) كابن سعيد في الجامع للشرائع: باب الصلح ص ٣٠٨، والعلّامة في الإرشاد: الديون / في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٦٧ فما بعدها.
(٣) تقدّم في ص ٣٨١.
(٤) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٢٥.

في حقّك إن شئت» .

«قيل له : فإن كان الجدار لم يسقط ولكنّه هدمه أو أراد هدمه ، إضراراً بجاره لغير حاجة منه إلى هدمه؟ قال : لا يترك ؛ وذلك أنّ رسول الله ﷺ قال : لا ضرر ولا ضرار ، وإن هدمه كلّف أن يبنيه»[١] .

وعلى كلّ حال ، فما في جامع المقاصد كالصريح في عدم الجبر في غير الصورة المفروضة ، ومنه ما سمعته من المسالك الذي لم يعلّقه على الضرر ونحوه ، بل جعله من أحكام الشركة في الجدار ، التي قد اعترف سابقاً[٢] باعتبار الإذن من الشريك لو أراد التبرّع ببنائه ، ولاحقاً في مسألة السفل والعلو[٣] .

وحينئذٍ يكون كاقتراح وضع جدار مشترك بينه وبينه في أرض مشتركة وآلات كذلك ، ولا ريب في عدم وجوب الإذن بذلك عليه وإن تضرّر الآخر بذلك ، وأنّه لا وجه لرفع أمره إلى الحاكم ، ولا لجبره على ما هو غير واجب عليه .

نعم ، لو قلنا : إنّ سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحقّ لهما في وضعه على وجهٍ لا يجوز له الامتناع مع طلب الآخر اتّجه حينئذٍ ذلك ، لكن ينبغي عليه : عدم اعتبار إذنه بل نهيه أيضاً ، كما في باقي صور امتناعه عمّا هو حقّ عليه . وكأنّه هو الذي لحظه الفاضل فيما ذكره في

---

(١) دعائم الإسلام: القسمة / ذكر البنيان ح ١٨٠٥ ج ٢ ص ٥٠٤.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٨٩.

(٣) المصدر السابق: ص ٢٩١.

القواعد: من عدم جواز منعه إيّاه لو أراد الانفراد بالعمارة[١].

إلّا أنّه كما ترى؛ ضرورة عدم ثبوت حقّ بكون الجدار بينهما على وجهٍ يوجب ذلك، وهو واضح.

ولو سلّم فهو غير ما سمعته من المسالك، الذي لم أعثر على موافق له فيه ولا من احتمله، بل صريح كلماتهم عدمه، بل هو في نفسه ـ بناءً على اعتبار الإذن ـ في غير محلّه.

بل منه يعلم ما في تفصيل المحدّث البحراني: من أنّه لا يحتاج إلى الإذن من الشريك في العمارة مع فرض التضرّر به، ولابدّ منها مع عدمه[٢].

إذ هو ـ مع أنّه خروج عن محلّ البحث، الذي هو: الجدار المشترك من حيث كونه كذلك؛ أي مع قطع النظر عن الأُمور الخارجيّة ـ قد ↑ ج ٢٦ / ٢٦٩
يناقش فيه: بأنّ فرض ضرر أحدهما بعدم العمارة قد يعارض بفرض ضرر الآخر بها، والضرر لا يدفع بالضرر، كما اعترف به الفاضل[٣] وغيره في الردّ على الشافعي في القديم من[٤] المساعدة في العمارة[٥].

بل ومع فرض عدمه أيضاً: بعدم وجوب دفع الضرر عن الغير ببذل

(١) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٥.

(٢) الحدائق الناضرة: الصلح / المطلب الثاني ج ٢١ ص ١٣٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٦٨.

(٤) في بعض النسخ بعدها إضافة: وجوب.

(٥) الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٤٠٠، المجموع: ج ١٣ ص ٤١٦ ـ ٤١٥، حلية العلماء: ج ٥ ص ١٨، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٥، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٣ ـ ٤٤.

مال آخر وإن لم يتضرّر به، وإلّا لوجب ذلك في الجدار الجديد وغيره.

نعم، قد يقال: بوجوب القسمة ونحوها، أو برفع الأمر إلى الحاكم ليرى وجهاً يحكم به لقطع النزاع بينهما، مراعياً للجمع بين الحقّين ودفع الضرر عنهما من باب السياسات المعدّ هو لها.

ولعلّه على ذلك يحمل ما في دعائم الإسلام: «وعنه (صلوات الله عليه) عن الجدار بين الرجلين ينهدم، ويدعو أحدهما صاحبه إلى بنائه ويأبى الآخر؟ قال: إن كان ممّا يقسّم قسّم ما بينهما، وبنى كلّ واحد منهما حقّه إن شاء أو ترك إن لم يكن ذلك يضرّ بصاحبه. وإن كان ذلك ممّا لا يقسّم قيل له: ابنِ أو بعْ أو سلّم لصاحبك إن رضي أن يبنيه، ويكون له ذلك. وإن اتّفقا على أن يبنيه الطالب وينتفع به، فإن أراد الآخر الانتفاع به معه دفع إليه نصف القيمة[1]»[2]. فتأمّل جيّداً، والله العالم.

وممّا ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره المصنّف وغيره[3] بقوله: ﴿وكذا لو كانت الشركة في دولاب أو بئر أو نهر﴾ أو قناة أو ناعورة أو نحو ذلك؛ أي لا يجبر الشريك على المشاركة في عمارتها، من غير فرق

---

(١) في المصدر بدلها: النفقة.

(٢) دعائم الإسلام: القسمة / ذكر البنيان ح ١٨٠٧ ج ٢ ص ٥٠٥. مستدرك الوسائل: باب ١٠ من كتاب الصلح ح ٣ ج ١٣ ص ٤٤٨.

(٣) كالشيخ في الخلاف: الصلح / مسألة ٩ ج ٣ ص ٢٩٨. والعلّامة في القواعد: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٥. والشهيد في الدروس: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٨ ج ٣ ص ٣٤٥. والسبزواري في الكفاية: كتاب الصلح ج ١ ص ٦١٥.

بين كون المشترك ذا غلّة تفي بعمارته وغيره عند الأصحاب ـ على ما في المسالك[١] ـ وبين القابل للقسمة وعدمها.

وإنّما نبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة الذي حكم بإجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط، فارقاً بينهما: بأنّ الشريك لا يتمكّن من المقاسمة فيها فيتضرّر به، بخلاف الجدار فإنّه يتمكّن من قسمته[٢]. وردّ[٣]: بإمكان كون القسمة فيه أكثر ضرراً عليه، فكانا حينئذٍ سواءً.

نعم، لو أنفق أحدهما على البئر أو النهر لم يكن له منع الآخر من ↑ نصيبه من الماء الذي ينبع في ملكهما المشترك بينهما، الذي أثّر فيه نقل ج ٢٦ / ٢٧٠ الطين عنه وليس له فيه عين ملك، بخلاف الحائط إذا بناه بآلات منه، كما هو واضح.

﴿وكذا﴾ ظهر لك ممّا ذكرناه أيضاً: أنّه ﴿لا يجبر﴾ عندنا ﴿صاحب السفل ولا العلو﴾ في الساباط وغيره ﴿على بناء الجدار الذي يحمل العلو﴾ ولا على جدار البيت؛ لأصالة براءة الذمّة من وجوب عمارة ملك الإنسان لنفسه، فضلاً عن الغير، إلّا أن يكون ذلك لازماً بعقد فيجب حينئذٍ، كعمارة الساقية المستحقّ إجراء الماء فيها.

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٠.

(٢) حلية العلماء: ج ٥ ص ١٩، المجموع: ج ١٣ ص ٤١٦، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٩، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٩.

(٣) كما في تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٧٠ ـ ٧١.

خلافاً للشافعي : فيجبر صاحب السفل على الإعـادة[١]. ولا ريب في ضعفه .

ولو طلب صاحب العلو ـ مثلاً ـ بناء جدران السفل تبرّعاً ، فهل له منعه؟ ففي المسالك : «فيه الوجهان السابقان ، وأطلق في التحرير : ليس له منعه»[٢].

قلت : قد عرفت التحقيق في ذلك سابقاً ، وأمّا ما حكاه عن التحرير فيمكن تنزيله على ما في القواعد من أنّه «لو طلب صاحب العلو عمارة السفل بنقض صاحبه كان له منعه، وإن أعاده بآلة من عنده فله ذلك»[٣].

وإن كان يجب تقييده أيضاً كما في جامع المقاصد بـ«ما إذا لم يكن الأساس للآخـر ولا مشـتركاً بـينهما ، وإلّا لم يـجز بـدون الإذن»[٤]؛ لما عرفته سابقاً .

لكن فيما حضرني من نسخة للتذكرة سقيمة : «وإن أراد بـناءه بآلة من عنده فله ذلك ، وجاز أن يبني على عرصة مشتركة بينه وبين غيره بغير إذنه ؛ ليصل إلى حقّه من الحمل عليه»[٥]. ولا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما قدّمناه سابقاً .

---

(١) التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ١٥٦ ـ ١٥٧، المجموع: ج ١٣ ص ٤١٩، الحاوي الكبير: ج٦ ص ٤٠٠، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٧ ـ ٤٨، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٧.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩١.

(٣) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٥.

(٤) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٢٩.

(٥) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ص ٧٤.

وعلى كلّ حال، فلو بناه في أرضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتفاع بالمُعاد بفتح كوّةٍ وغَرز وتدٍ ... ونحو ذلك. أمّا الاستكنان[١] فالظاهر أنّه ليس له المنع منه وإن انتفع به.

هذا كلّه إذا انهدم بنفسه أو هدماه معاً من غير شرط. أمّا إذا استهدم فهدمه صاحب السفل بشرط أن يعيده، ففي التذكرة: «أُجبر عليه قولاً واحداً»[٢]، أي: إذا كان ذلك منه بملزم شرعي.

﴿ولو هدمه﴾ أي الجدار المشترك مثلاً ﴿بغير إذن شريكه﴾ الذي لم يجب هدمه عليه لاستهدامه ﴿وجب عليه إعادته﴾ لأنّه ضمان مثله عادةً.

لكن في الدروس: «إن أمكنت المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع، وإلّا فالأرش، والشيخ أطلق الإعادة، والفاضل أطلق الأرش»[٣]. ↑ ج ٢٦ / ٢٧١

وفي المسالك بعد أن حكى تفصيل الدروس، قال ـ تبعاً للكركي[٤] ـ: «وفيه مناسبة، إلّا أنّه خارج عن القواعد الشرعيّة؛ لانتفاء المثليّة في الفائت، فإنّه محض صفة؛ إذ الأعيان باقية، والمماثلة في الصفة بعيدة، فالقول بالأرش مطلقاً أوضح»[٥].

---

(١) تحتمل المعتمدة: الاستكان.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٧٢.

(٣) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٨ ج ٣ ص ٣٤٥.

(٤) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٢٤.

(٥) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢.

قلت: قد يقوى ما ذكره الشيخ؛ لصدق المثليّة عرفاً، بل تصحّ الإجارة على صنعة جدارٍ مثل هذا الجدار. نعم، لو فرض تعذّر ذلك ـ كما في بعض البناء ـ انتقل إلى القيمة، كما في كلّ مثليّ تعذّر مثله ﴿وكذا﴾ الكلام في كسر الخاتم ونحوه وفتق الثوب ونحوه.

و﴿لو هدمه بإذن﴾ شريك﴿ه وشرط إعادته﴾ وجب ذلك إذا كان الشرط في عقد لازم، بل قد سمعت[1] ما في التذكرة ـ في نظيره ـ من أنّه كذلك قولاً واحداً.

لكن ربّما ظهر من بعضهم كونه من المسألة السابقة التي يجب فيها الأرش[2]، ولعلّه لعدم إمكان الشرط؛ لما عرفت من عدم إمكان ضبط الصفة.

إلّا أنّه كما ترى؛ فإنّ عود الشيء على ما كان ـ بحيث يتحقّق فيه الصدق عرفاً ـ ممكن وواقع، بل من ذلك يعلم قوّة ما ذكرناه أوّلاً.

بل قد يؤيّده أيضاً: أنّ الأرش المذكور هنا إن أُريد به ما يخصّ الشريك من مقابل الهيئة الفائتة، فهو لا يجدي في عمارة الجدار المزبور، الذي تحقّق فيه الضرر عليه بهدمه ولو لفوات حصّة الشريك، فلم يكن في ذلك جبر لضرره. وإن أُريد به ما يقابل تمام الهيئة، ففيه: أنّها مشتركة بين الهادم والشريك، والإنسان لا يضمن لنفسه.

---

(١) في الصفحة السابقة.

(٢) حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٤٤٤، مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢.

مضافاً إلى ما عن الأردبيلي: من استبعاد الأرش ـ فيما حكي عنه ـ قال: «فإنّه لا يسوى بعد الهدم إلّا شيئاً قليلاً جدّاً، والجدار الصحيح تكون له قيمة كثيرة، بل المناسب ـ على القول بالأرش ـ أن يراد به ما يحتاج في تعمير مثل ذلك»[١]. وفيه أيضاً تأمّل؛ إذ قد يتفاوت العمل والأُجرة كثيراً، فتأمّل.

وبالجملة: القول بوجوب الإعادة ـ بحيث يصدق عليه عرفاً أنّه إعادة ـ قويّ جدّاً في صورة عدم الشرط، فضلاً عمّا لو شرطه، والله العالم.

ولو اصطلح الشريكان على أن يبنياه ويكون لأحدهما أكثر ممّا كان له، فعن الشيخ: بطلان الصلح؛ لأنّ فيه اتّهاب ما لم يوجد[٢]. وفيه: أنّه يكفي مشاهدة الآلات أو وصفها ومشاهدة الأرض.

ودعوى[٣]: أنّ التأليف جزء صوري من الجدار لا يمكن ضبطه، يدفعها: أنّ الصورة صفة تابعة للموهوب، وضبطها ممكن؛ وإلّا لما جاز الاستئجار على البناء المقدّر بالعمل. ج ٢٦ / ٢٧٢

كدعوى[٤]: عدم العوض بعد تساويهما في العمل وغيره. التي يمكن دفعها: بما عرفته سابقاً من عدم اعتبار العوض في الصلح، على

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الديون / في الصلح ج ٩ ص ٣٦٤ ـ ٣٦٥.
(٢) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٩ ـ ٣٠٠.
(٣) ذكرت ـ وأُجيب عنها ـ في مفتاح الكرامة: الصلح / الفصل الثاني ج ١٧ ص ١١٧.
(٤) انظر الهامش السابق.

أنّه يمكن القول هنا بأنّ الشارط على نفسه متبرّع بما يخصّ شريكه من عمله، والشارط لنفسه غير متبرّع، فيشترط له قدراً من الملك.

وكذا دعوى[١]: اقتضاؤه تعليق الملك في عين، وهو ممتنع؛ لامتناع الأجل في الملك، ومن هنا احتمل بعضهم[٢]: جواز اشتراط تملّك الأكثر من الآلات، لا من الجدار بعد البناء، وحينئذٍ فلو انفرد أحدهما بالعمل وشرط لنفسه الأكثر من الآلة صحّ قطعاً.

إذ قد تدفع أيضاً: بأنّ هذا الصلح يجري مجرى الاستئجار على الطحن بجزء من الدقيق وعلى الارتضاع بجزء من العبد، فإنّه يملكه في الحال ويقع العمل فيما هو مشترك بينه وبين غيره، وعلى هذا يملك الأكثر في الحائط مبنيّاً.

كلّ ذلك، مضافاً إلى ما سمعته غير مرّة من كون الصلح عقداً مستقلّاً برأسه، لا يعتبر فيه جريان غيره من العقود على مورده، فربّما كان مورده لا يجري عليه عقد من العقود. وإنّما ميزانه: كلّ ما يفرض إمكان قطع الخصومة به لو كانت ممّا لا يكون فيه تحليل حرام ولا تحريم حلال. ولا ريب في جواز رفع أحد المشتركين يده عمّا يملكه من آلات الجدار جميعه ـ فضلاً عن الأكثر ـ ببنائه من الشريك الآخر خاصّة، أو مع كونه معه، فيصحّ الصلح حينئذٍ عليه وإن لم يكن عوض للمتبرّع عن ماله وعمله سوى كون الجدار مبنيّاً ليكون ساتراً مثلاً

---

(١) الهامش قبل السابق.

(٢) كالعاملي في مفتاح الكرامة: (انظر المصدر قبل ثلاثة هوامش).

بينهما، كما هو واضح، والله العالم.

ثمّ إنّه لا خلاف[1] ولا إشكال في جواز قسمة الجدار المشترك طولاً وعرضاً، وطوله امتداده من زاوية البيت مثلاً إلى الزاوية الأُخرى، لا ارتفاعه عن الأرض الذي هو عمقه، والعرض هو السطح الذي يوضع عليه الجذوع، فلو كان طوله عشراً وعرضه ذراعين فاقتسماه في كلّ الطول ونصف العرض ـ فيصير لكلّ واحد منهما طول عشرة أذرع في عرض ذراع ـ جاز. وكذا لو اقتسماه في كلّ العرض ونصف الطول بأن يصير لكلّ واحد منهما طول خمسة أذرع في عرض ذراعين.

ثمّ القسمة بعلامة توضع جائزة في الأمرين، وبالنشر جائز في ↑
الثاني دون الأوّل إلّا مع تراضيهما، كما لو نقضاه واقتسما الآلة. والقرعة ج ٢٦ / ٢٧٣
ممتنعة في الأوّل؛ لإمكان وقوعها على ما لا ينتفع به مع عدم إمكان التبديل، بل يختصّ كلّ وجه بصاحبه.

ولعلّه لذا قال في القواعد: «ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كلّ الطول ونصف العرض»[2]؛ لأنّ القرعة معيار القسمة.

لكن قال أيضاً: «وكذا في نصف الطول وكلّ العرض، وتصحّ القرعة

---

(١) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٩، والجامع للشرائع: باب الصلح ص ٣٠٨، والدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٧ ج ٣ ص ٣٤٤، وجامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٢٧ (واستظهر في مفتاح الكرامة ـ ج ١٧ ص ١١١ ـ من الأخير الإجماع لقوله: «جاز قطعاً»).

(٢) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٥.

في الثانية دون الأُولى، بل يختصّ كلّ وجهٍ بصاحبه»[١]. وظاهره عدم الإجبار في الصورتين.

لكن في محكيّ التذكرة أنّه «إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع أُجبر عليها في الصورة الثانية، وإن تضرّر الممتنع لم يجبر»[٢].

وفي الدروس: «ومتى تطرّق ضرر عليهما أو على أحدهما وطلبه الآخر فهي قسمة تراضٍ، وإلّا فهي قسمة إجبار. ولو طلبها المتضرّر أُجبر الآخر، وكذا يجوز قسمة عرصته قبل البناء»[٣].

قلت: هذا خلاصة ما في القواعد[٤] وجامع المقاصد[٥] والدروس[٦].

لكن قد يتوقّف في جعل معيار القسمة القرعة؛ بمعنى: عدم الإجبار عليها مع عدم إمكانها.

كما أنّه قد يتوقّف في اعتبار إمكان وقوعها على ما ينتفع به؛ إذ يمكن حينئذٍ الرجوع إليها والأخذ في المقام وإن وقعت في الوجه الخارج عنه، إلّا أنّه يمكن التبديل بالمعاوضة والإجارة ونحوها[٧].

ولتحقيق ذلك وتحقيق وجوب الإجابة إلى القسمة مطلقاً ـ على وجهٍ يجبر الممتنع منها ـ محلّ آخر يأتي إن شاء الله.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٦٦.

(٣) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٧ ج ٣ ص ٣٤٥.

(٤ و٦) تقدّم المصدر آنفاً.

(٥) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٢٧ ـ ٤٢٨.

(٧) تحتمل المعتمدة: ونحوهما.

«ولو ملكا دارين متلاصقين مثلاً، فليس لأحدهما مطالبة الآخر برفع جذوعه عنه، ولا منعه من التجديد لو انهدم السقف، إذا لم يعلما على أيّ وجهٍ وضع؛ لجواز كونه بعوض، وعن الخلاف[1]: نفي الخلاف فيه» كما نصّ على ذلك كلّه في الدروس[2].

ثمّ قال: «نعم، لو ادّعى أحدهما الاستحقاق ونفاه الآخر جزماً احتمل حلف المنكر، وعليه الفاضل، وظاهر الشيخ أنّ على مدّعي العارية البيّنة واليمين على الآخر»[3].

قلت: لكن في القواعد: «لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره، ولم يعلم سببه، فالأقرب تقديم قول صاحب الأرض والجدار في عدم الاستحقاق»[4].

ووافقه عليه في جامع المقاصد «لأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير، ولأنّ اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع، والوضع أعمّ من ↑ ج ٢٦ / ٢٧٤ الاستحقاق، وغايته أن يكون بحقّ، وهو أعمّ من العارية التي يجوز فيها الرجوع»[5].

وفيه: أنّ الأصل في تصرّف المسلم ويده أن يكون بملك

---

(١) في الدروس قال: «ونقل فيه الشيخ عدم الخلاف» والمطلب موجود في المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٨.

(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٨ ج ٣ ص ٣٤٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٧٦.

(٥) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٣٢.

واستحقاق حتّى يعلم عدمه ، فالمتّجه حينئذٍ فيما فرضه في الدروس وجوب الإبقاء .

أمّا لو فرض غير ذلك ـ بأن تنازع أحدهما مع الآخر في الاستحقاق وعدمه ، ولم يكن ثَمَّ استناد إلى يد ونحوه ـ فالمتّجه كون اليمين على منكر الاستحقاق .

وما عن الشيخ : من كون البيّنة على مدّعي العارية واليمين على الآخر[1] ، يمكن تنزيله على ذي اليد ونحوه .

كما أنّ ما في القواعد[2] وجامع المقاصد[3] إن كان المراد به ما فرضه أوّلاً في الدروس ففيه ما عرفت ، وإن كان المراد به ما ذكره بقوله : «نعم . . .» فهو متّجه ، وإن كان هو غير ظاهر من أوّل العبارة ، ولكنّ الأمر سهل بعد وضوح الحال ، والله العالم .

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران البيت﴾ الحاملة للعلو ﴿فـ﴾ المشهور ـ كما في المسالك[4] ـ أنّ ﴿القول قول صاحب البيت مع يمينه. ولو كان في جدران الغرفة فالقول قول صاحبها مع يمينه﴾ .

---

(١) الخلاف: الصلح / مسألة ٤ ج ٣ ص ٢٩٦.

(٢ و٣) تقدّم مصدرهما آنفاً.

(٤) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٢.

قيل: «ويعضده أنّ جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها، فيحكم بهما لصاحب الجملة»[١]. بل في جامع المقاصد جعل ذلك دليل المسألة[٢].

وفيه: أنّه ـ بعد فرض التنازع في ذلك ـ يكون المراد من الاعتراف بكون البيت أو الغرفة له مع فرضه ما عدا محلّ النزاع منهما، وإلّا لم يكن ثَمَّ وجه للمخاصمة حتّى[٣] تتوجّه البيّنة على أحدهما واليمين على الآخر، فلا دليل حينئذٍ للحكم المزبور إلّا دعوى استقلال اليد من كلّ منهما على ما ادّعاه، فيكون القول قوله مع يمينه.

نعم، قد يناقش: بمنع استقلال يد صاحب السفل على جدار بيته مع فرض تصرّف صاحب العلو به بالسقف وبالبناء عليه. وبمنع استقلال صاحب العلو مع فرض تصرّف صاحب السفل به باتّصاله بالعالي على وجهٍ هو كالجزء منه، وبالاستكنان تحت السقف المعلّق عليه. والتصرّف في الجدار إنّما هو بالتصرّف في بعض أجزائه؛ لأنّه شيء واحد عرفاً.

وبذلك يظهر لك ما في المحكي عن ابن الجنيد من أنّ «جدار البيت بينهما؛ لأنّ حاجتهما إليه واحدة، بخلاف جدران الغرفة؛ إذ لا تعلّق لصاحب البيت به إلّا كونه موضوعاً على ملكه»[٤]. وإن ارتضاه في ↑ ج ٢٦ / ٢٧٥

---

(١) المصدر السابق.

(٢) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٤٥١.

(٣) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: كي.

(٤) نقله عنه في مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٢.

المختلف[١]، بل في المسالك: «هو قول جيّد»[٢].

إلاّ أنّك عرفت قوّة اشتراك الجميع في اليد من كلّ منهما، اللّهمّ إلاّ أن يدّعى استقلال اليد عرفاً منهما على كلّ منهما، خصوصاً في جدار الغرفة المتّفق على اختصاص يد صاحبها حتّى من ابن الجنيد[٣]، كالسقف الأعلى، وأنّ ما ذكرناه ليس من الأمارة على اشتراك اليد في العادة، فيتّجه[٤] قول المشهور، فتأمّل جيّداً.

﴿ولو تنازعا في السقف، قيل﴾ والقائل الشيخ[٥] فيما حكي عنه: ﴿إن حلفا قضي به لهما﴾ وكذا إن نكلا، وإلاّ اختصّ بالحالف منهما، على نحو ما سمعته في التنازع في الجدار وشبهه الذي يدهما معاً عليه. وقوّاه في الدروس، قال: «وفي المبسوط: يقسّم بعد التحالف والقرعة أحوط، وتردّد في الخلاف بين القرعة والتحالف»[٦].

﴿وقيل﴾ والقائل ابنا الجنيد[٧] وإدريس[٨]: ﴿لصاحب العلو﴾ ومال إليه في المسالك[٩]، بل اختاره في جامع المقاصد[١٠]، بل عن

---

(١) مختلف الشيعة: الديون / في الصلح ج ٦ ص ٢٢٦.

(٢) المصدر قبل السابق.

(٣) تقدّم نقل عبارته آنفاً.

(٤) في بعض النسخ إضافة «حينئذٍ» بعدها.

(٥) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٣٠٠.

(٦) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٩ ج ٣ ص ٣٥٠.

(٧) نقله عنه العلاّمة في المختلف: الديون / في الصلح ج ٦ ص ٢٢١.

(٨) السرائر: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٦٧.

(٩) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

(١٠) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٤٥٢.

الفاضل ترجيحه في كثير من كتبه[١]؛ لأنّ الغرفة إنّما تتحقّق بالسقف الحامل؛ لأنّه أرضها، والبيت قد يكون بغير سقف، وهما متصادقان على أنّ هنا غرفة، فلابدّ من تحقّقها، ولأنّ تصرّفه فيه أغلب من تصرّف صاحب السفل. وإن كان هما معاً كما ترى.

نعم، قد يقال: إنّ اليد مختصّة به دون الأسفل؛ فإنّ سكونه تحته ليس يداً عليه. وإن كان هو محلّاً للنظر أيضاً؛ باعتبار صدق التصرّف به بالتصرّف في البيت الذي هو من أجزائه.

بل فيما تسمعه من القواعد احتمال اختصاصه به؛ باعتبار أنّ الغرفة على البيت، فلا يتحقّق إلّا بعده، والبيت لا يتمّ إلّا بالسقف. وإن كان هو واضح الضعف أيضاً.

فالأقوى: الاشتراك بينهما على الوجه الذي تقدّم.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ كما في المسالك[٢]: ﴿يقرع بينهما، وهو حسن﴾ عند المصنّف؛ لأنّها لكلّ أمر مشتبه[٣]. وفيه: أنّه لا اشتباه بعد اقتضاء اليد الاشتراك بينهما.

وفي المسالك: «وربّما منع الاشتباه هنا؛ لأنّ رجحان أحد الطرفين

---

(١) إرشاد الأذهان: الديون / في الصلح ج ١ ص ٤٠٥، مختلف الشيعة: الديون / في الصلح ج ٦ ص ٢٢١، تذكرة الفقهاء: الصلح / في التنازع ج ١٦ ص ١٠٨.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٣.

(٣) مسالك الأفهام: ميراث الخنثى ج ١٣ ص ٢٤٣، العناوين الفقهيّة: عنوان ١١ ج ١ ص ٣٥١، وأورده بلفظ «لكلّ أمر مشكل» في بحارالأنوار: أبواب الاستخارات / باب ٢ ذيل ح ٧ ج ٨٨ ص ٢٣٤، وعوالي اللآلي: ح ٣٠٨ ج ٢ ص ١١٢.

في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة إلى الحكم»[١]، هذا. ↑

وفي القواعد: «أمّا السقف فإن لم يكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو، فهو لصاحب السفل؛ لاتّصاله ببنائه. وإن كان بحيث يمكن إحداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه، فيحتمل: التسوية لأنّه أرض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل، واختصاص الأوّل والثاني»[٢]. ج ٢٦ / ٢٧٦

وتبعه على ذلك في الدروس، قال: «ولو لم يمكن إحداث السقف بأن كان أزجاً ترصيفاً حلف صاحب البيت؛ لاتّصاله به»[٣].

وكذا في جامع المقاصد[٤] والمسالك، قال في الأخير منهما: «وموضع الخلاف: السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت، أمّا ما لا يمكن كالأزج الذي لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل؛ لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملاً للعقد، فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار، وهو دخول آلات البناء من كلّ منهما في الآخر، فإنّ ذلك دليل على أنّه لصاحب السفل، فيقدّم قوله بيمينه»[٥].

---

(١) الهامش قبل السابق.

(٢) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثالث ج ٢ ص ١٧٩.

(٣) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٩ ج ٣ ص ٣٥١.

(٤) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٤٥١.

(٥) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٣.

قلت : قد يناقش : بأنّ ذلك لا ينافي وجود يد من صاحب العلو بالتصرّف فيه أيضاً ، الممكن أن يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت أو غيره ، وحينئذٍ يكون يد كلّ منهما عليه ، فيتّجه فيه التحالف على النحو المذكور .

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا خرجت[١] أغصان شجرة﴾ أو عروقها ﴿إلى ملك الجار، وجب﴾ وثبت له استحقاق ﴿عطفها﴾ مثلاً على مالكها ﴿إن أمكن، وإلّا قطعت من حدّ ملكه﴾ .

﴿وإن امتنع صاحبها﴾ من ذلك عطفها أو ﴿قطعها الجار، ولا يتوقّف على إذن الحاكم﴾ في تفريغ ملكه عمّا لا يستحقّ بقاؤه عليه ، فضلاً عمّا يكون بقاؤه عدواناً . وقاعدة : «قبح التصرّف في مال الغير» لا تأتي في دفع الظلم أو الضرر عنه ، خصوصاً مع كون هتك الحرمة من المالك نفسه بالظلم وغيره .

ولذا صرّح في محكيّ التحرير بالوجوب والإجبار مع الامتناع[٢]، وجعله المختار في جامع المقاصد[٣].

بل قد يظهر من إطلاق المحكي عن التحرير[٤]: أنّ للمالك الإزالة

---

(١) في نسخة الشرائع: اخرجت.

(٢) تحريرالأحكام: إحياء الموات / في المنافع ج ٤ ص ٥١٤.

(٣) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثاني ج ٥ ص ٤٤٥.

(٤) المصدر قبل السابق.

من دون استئذان المالك كما لو دخلت بهيمة إلى داره أو زرعه، بل صرّح به في جامع المقاصد «لأنّ إزالة العدوان عليه أمر ثابت له، وتوقّفه على إذن الغير ضرر، ولأنّه لو توقّف على إذن المالك لتوقّف ↑ ج ٢٦ / ٢٧٧ على إذن الحاكم مع الامتناع؛ لعدم جواز التصرّف في مال الغير بغير إذنه وغير إذن من يقوم مقامه مع التمكّن»[١].

وحينئذٍ فما يظهر من المتن والدروس[٢] ومحكيّ التذكرة[٣]: من اعتبار إذنه، لا يخلو من نظر. وربّما يقوى التفصيل بين ما كان فيه ضرر بمراعاة اعتبار الإذن منه أو من الحاكم وعدمه، فلا يحتاج إلى الإذن في الأوّل دون الثاني؛ مراعاةً للجمع بين القواعد جميعها.

وعلى كلّ حال، فما عن التذكرة: من أنّ مالك الشجرة لا يجب عليه إزالتها وإن جاز لمالك الأرض؛ لأنّه من غير فعله، ويلزمه عدم الإجبار عليه[٤]، مخالف للقواعد الشرعيّة.

نعم، مع إمكان العطف لا يجوز له القطع، فلو فعله كان ضامناً، لكن هل يضمن جميع ما يقطع أم تفاوت ما بينه وبين المعطوف؟ وجهان، كما في المسالك «من التعدّي بالقطع فيضمنه، ومن أنّ العطف حقّ له وما يفوت به في حكم التالف شرعاً»[٥]. ولعلّ الأقوى الأوّل.

---

(١) الهامش قبل السابق: ص ٤٤٤ ـ ٤٤٥.

(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٨ ج ٣ ص ٣٤٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٩١.

(٤) المصدر السابق.

(٥) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٤.

كما أنّه يقوى وجوب الأُجرة له مع امتناع المالك ـ وإن لم يستأذن الحاكم ـ إذا لم ينو التبرّع.

ولو مضت مدّة طويلة عليها كذلك ـ مع تفريطه ـ ضمن أُجرة الأرض والهواء، كما صرّح به غير واحد[1].

بل لعلّه كذلك مع صدق استيفاء المنفعة وإن لم يكن ثَمَّ تفريط، ولذا صرّح غير واحد أيضاً بأنّه «ليس لمالك الأرض إيقاد النار تحت الأغصان لتحترق حيث يجوز القطع؛ لأنّه أشدّ ضرراً، فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادةً على حقّه»[2]. وهو كذلك.

نعم، قد يقال: إنّ له إيقاد النار لمصالحه ـ كالتنّور ونحوه ـ وإن أدّى ذلك إلى تلف الأغصان، مع تفريط المالك بعدم العطف ـ مثلاً ـ أو القطع؛ لعموم: «تسلّط الناس ...»[3]، ولأنّ إهماله وتفريطه أقوى من انتفاع المالك بماله المؤدّي إلى تلف مال الغير، فتأمّل.

وفي حكم الشجرة: الجدار المائل إلى ملك الغير.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو صالحه على إبقائه﴾ أي الغصن مثلاً ﴿في الهواء لم يصحّ، على تردّد﴾ ينشأ: من عدم جواز إفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع، ومن كونه عقداً مستقلّاً مع عدم كون ذلك صلحاً عن الهواء،

---

(١) كالكركي في جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٤٤٥، والشهيد الثاني في المسالك: (انظر الهامش السابق).

(٢) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٨ ج ٣ ص ٣٤٨ ـ ٣٤٩، جامع المقاصد: (انظره في الهامش السابق)، مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

(٣) تقدّم في ص ٣٦٤.

↑
ج ٢٦
٢٧٨

بل هو صلح عن منفعةٍ قائمٌ مقام الإجارة.

لكن لا ريب في أنّ الأقوى الثاني كما عرفته في نظائره، خلافاً للمحكي عن الشيخ[١].

﴿أمّا لو صالحه على طرحه على الحائط جاز﴾ بلا خلاف[٢] ﴿مع تقدير﴾ المدّة و ﴿الزيادة أو انتهائها﴾ بل قد عرفت جوازه في نظير المسألة مع التصريح بالتأبيد، بل قد عرفت جوازه مع عدم تقدير الزيادة ولا انتهائها؛ لتحمّل الصلح من الجهالة ما لا يتحمّله غيره.

خلافاً لجماعة: فاعتبروا في جوازه الأمرين جميعاً[٣]، بل في الدروس[٤] وغيرها[٥]: التصريح بعدم جواز التأبيد، والله العالم.

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى، ولآخر بيوته العليا، وتداعيا الدرجة، قضي بها لصاحب العلو مع يمينه﴾ من حيث كونه صاحب سفل وعلو؛ لاستقلال يد اختصاصه بالتصرّف فيها بالسلوك،

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٢) كما في المناهل: كتاب الصلح ص ٣٩٠. ويستفاد عدم الخلاف أيضاً من تذكرة الفقهاء: الصلح / تزاحم الحقوق ج ١٦ ص ٩١.

(٣) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثالث ج ٢ ص ١٧٧، وانظر الهامشين اللاحقين.

(٤) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٨ ج ٣ ص ٣٤٨.

(٥) كمسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٥.

وإن كانت موضوعة في الأرض ـ المحكوم بها لصاحب السفل ـ باعتبار اقتضاء اليد عليها اليد على محلّها. ويد اختصاص[1] الأسفل على غيرها من الأرض لا يوجب اليد له عليها، كما هو واضح.

نعم، في المسالك: «هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها، أمّا لو اتّفقا على أنّ الخزانة لصاحب الأسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسّط بين الأعلى والأسفل، فيجري فيها الخلاف السابق»[2].

وفي الدروس: «لو تنازعا في المرقى ومحلّه فهو للأعلى، وفي الخزانة تحته بينهما. ولو اتّفقا على أنّ الخزانة لصاحب الأسفل فالدرجة كالسقف المتوسّط بين الأعلى والأسفل، فيقضى بهما بينهما، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته وكيزانه تحتها. ثمّ إذا ثبت الدرجة للأعلى فهو ذو يد في الأُسّ»[3].

قلت: قد يرجح صاحب السفل بأنّها من بيوته، الظاهرة[4] في العرف استقلال يد اختصاصه بها؛ لتبعيّة الهواء للدار، كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفاً بالأعلى.

ومن ذلك يظهر لك ما في قول المصنّف: ﴿ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواها[5] سواء﴾ والفاضل في القواعد: «ويقضى

---

(١) في بعض النسخ: واختصاص يد.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٢٩٦.

(٣) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٩ ج ٣ ص ٣٥١.

(٤) في بعض النسخ: الظاهر.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: دعواهما.

بالدرجة لصاحب العلو، ويتساويان في الخزانة تحتها...»[١] إلى آخره.

فيقضى بها بينهما بعد التحالف والنكول؛ لأنّ لكلّ واحد منهما شاهداً بملكها؛ باعتبار أنّ يد الاختصاص لصاحب العلو تقضي بأنّ مكانها كذلك إذ الهواء كالقرار، كما أنّ يد الاختصاص للأسفل تقضي ↑ ج ٢٦ / ٢٧٩ بأنّ الهواء له أيضاً؛ لأنّه تابع للقرار، لما عرفت من ظهور يد الاختصاص عرفاً بها لذي السفل، المفروض كون البيوت له التي هي من جملتها في الحقيقة. بل لعلّ كلامهم فيما تقدّم ـ في تقديم صاحب السفل لو كان النزاع في الجدار الأسفل ـ شاهد على ذلك. وكأنّه مال إليه في الحدائق[٢].

وفي محكيّ التذكرة: احتماله واحتمال الاختصاص بذي العلو[٣]. ولا ريب في ضعفه.

نعم، قد يؤيّد الأوّل: بظهور التفاوت بين خزانة الدرج وغيرها من البيوت؛ باعتبار كونها كالتابع له، فصاحب اليد عليه ذو يد عليها أيضاً. ومن ذلك ـ مع تصرّف صاحب الأسفل ـ حكم المصنّف وغيره[٤] بالتسوية بينهما بخلاف بيوت الأسفل، بل هي غير التداعي بين صاحب

---

(١) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثالث ج ٢ ص ١٧٩.

(٢) الحدائق الناضرة: الصلح / المطلب الثاني ج ٢١ ص ١٤٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: الصلح / في التنازع ج ١٦ ص ١١٢.

(٤) كالعلّامة في التحرير: إحياء الموات / في المنافع ج ٤ ص ٥١٠، والشهيد الأوّل في الدروس: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٩ ج٣ ص ٣٥١، والكركي في جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٤٥٣.

الغرفة وبين من تحتها ، فتأمّل جيّداً ؛ فإنّه لا يخلو من مصادرة . اللّهمّ إلّا أن يفرض اختلاف الهيئات في ذلك عرفاً ، هذا .

وقد يشكل كون الدرجة للعالي وكونهما سواء في دعوى الخزانة ، والفرض أنّ الدرجة من أجزائها . واحتمال : كون المراد تسويتهما فيما عداها ـ بقرينة ذكرهم الدرجة للعالي أوّلاً ـ يدفعه : احتمال كون المراد بالأوّل حيث لا تكون خزانة .

ثمّ إنّ المتّجه للمصنّف استحسان القرعة لو تنازعا في سقفها ، كما ذكره في سقف البيت ؛ ولعلّه لذا في اللمعة اختار القرعة في الاختلاف في الخزانة[1] كما اختارها في الاختلاف في سقف البيت . وبالجملة : كلامهم لا يخلو من تشويش .

وقد يحتمل : كون الدرجة للأعلى وإن كانت سقفاً ، والباقي للأسفل . ولكن يقوى كونها كالسقف حيث يكون خزانة ، وقد عرفت أنّ يدهما معاً عليه ، بخلاف الأرض والجدران .

وفي الروضة ما في اللمعة من القرعة في الخزانة ؛ لما ذكروه في السقف ، ثمّ قال : «ويشكل أيضاً الحكم في الدرجة مع اختلافهما في الخزانة ؛ لأنّه إذا قضي بالخزانة لهما ، أو حكم بها للأسفل بوجهٍ ، تكون الدرجة كالسقف المتوسّط بين الأعلى والأسفل ؛ لعين ما ذكر ، خصوصاً مع الحكم بها للأسفل وحده ، فينبغي أن يجري فيها الخلاف

---

(١) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الصلح ص ١٤٩.

ومرجّحه ...»[١] إلى آخره.

وربّما كان فيه منافاة ـ في الجملة ـ لما سمعته من المسالك، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

﴿ولو تداعيا الصحن﴾ الذي وضعت المرقاة في صدره، أي نهايته في السعة، وهو آخر خطّته في الجهة المقابلة للباب ﴿قضي منه بما يسلك فيه إلى العلو بينهما﴾ مع التحالف والنكول ﴿وما يخرج[٢] عنه لصاحب السفل﴾ لظهور يد صاحب العلو ـ باعتبار افتقاره إلى السلوك ـ في ملك مقدار الممرّ، ويشاركه فيه ـ للتصرّف أيضاً ـ صاحب السفل، ويختصّ بغيره. ↑ ج ٢٦ / ٢٨٠

لكن في الدروس: «وربّما أمكن الاشتراك في العرصة؛ لأنّ صاحب الأعلى لا يكلّف المرور على خطّ مستوٍ، ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلاً»[٣].

وفيه: أنّ مثل هذا التسامح المعتاد لا يقتضي اليد على تمام العرصة، كما هو واضح.

ثمّ قال: «ولو كان مرقاة في دهليزه فالأقرب أن لا مشاركة للأسفل في العرصة، إلّا أن نقول في السكّة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع. ويؤيّده: أنّ العرصة يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل. ولو كان المرقاة في ظهره فاختصاص صاحب السفل

---

(١) الروضة البهيّة: كتاب الصلح ج ٤ ص ١٩٠ ـ ١٩١.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: خرج.

(٣) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٩ ج ٣ ص ٣٥١.

بالعرصة أظهر»[١].

وفيه أيضاً: أنّ اشتراك الفضلة ـ بعد أن لم يكن لأحد بالخصوص عليها يد ولا ترجيح، بل قد يرتفق الجميع بها ـ لا يقتضي الحكم بالاشتراك في الفرض، بعد أن لم يكن لذي العلو تصرّف في العرصة. والإحاطة بمجرّدها ليست تصرّفاً، والحكم بها للأسفل للتصرّف وظهور كونها داراً لبيوته، لا للإحاطة. ولذا جزم في الروضة في الفرض بكون العرصة للأسفل، كما أنّه جزم في الأخير بأنّها مع الدهليز للآخر[٢] [٣]، والله العالم.

﴿تتمّة﴾

﴿إذا تنازع راكب الدابّة وقابض لجامها، قضي للراكب مع يمينه﴾ وفاقاً للمحكي عن المبسوط[٤]؛ لظهور يد الاختصاص له عرفاً.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ ـ أيضاً ـ في محكيّ الخلاف[٥] وابن إدريس في محكيّ السرائر[٦]: ﴿هما سواء في الدعوى﴾ لثبوت

(١) المصدر السابق.
(٢) تحتمل المعتمدة بدلها: للأخير.
(٣) الروضة البهيّة: كتاب الصلح ج ٤ ص ١٩٠.
(٤) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧.
(٥) الخلاف: الصلح / مسألة ٥ ج ٣ ص ٢٩٦.
(٦) السرائر: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٦٧.

يد كلّ منهما عليها ، وزيادة تصرّف الراكب لم يثبت شرعاً كونه[١] مرجّحاً ، وتعريف المدّعي والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته ؛ ولذا كان ذلك خيرة ثاني المحقّقين[٢] والشهيدين[٣].

﴿و﴾ لكن قد يقال : إنّ ﴿الأوّل أقوى﴾ لما ذكرنا من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له ، خصوصاً مع ملاحظة نظائره باعتراف ↑ ج ٢٦ / ٢٨١
الخصم ، كتنازع لابس الثوب وممسكه ، ومن له حمل على الدابّة مع من في يده زمامها . . . وغير ذلك .

﴿أمّا لو تنازعا ثوباً وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء﴾ لعدم اقتضاء الأكثريّة عرفاً الاختصاص . وما وقع من بعضهم[٤] : من أنّه كمسألة الراكب والقابض ـ باعتبار أنّ كلّاً منهما زيادة تصرّف لم يثبت كونها مرجّحاً ـ كما ترى .

﴿وكذا لو تنازعا عبداً ولأحدهما عليه ثياب﴾ مع فرض ثبوت يدهما عليه ؛ لأنّه لا مدخليّة لزيادة الملك ، فإنّه قد يلبسها بغير إذن مالكها أو بالعارية ، فهي حينئذٍ ليست يداً عرفاً .

ومن هنا يعلم : أنّه لو فرض أنّ لأحدهما خاصّة عليه يداً ، والآخر له ثياب عليه ، فالقول حينئذٍ قول صاحب اليد .

---

(١) الأولى التعبير بـ «كونها».

(٢) جامع المقاصد: الصلح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٤٤٠. حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٤٤٣.

(٣) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٧.

(٤) كالبحراني في الحدائق: الصلح / المطلب الثاني ج ٢١ ص ١٤٤.

كما أنّه لو لم يكن لأحدهما خاصّة عليه يد إلّا الثياب لأحدهما يكون بينهما أيضاً ؛ لما عرفت من عدم كون الثياب يداً لصاحبها .

﴿أمّا لو تداعيا جملاً ولأحدهما عليه حمل﴾ وليس للآخر عليه يد ﴿كان الترجيح لدعواه﴾ قطعاً ؛ ضرورة ظهور وجود الحمل عليه في يد الاستقلال به .

بل قد يقال : بكونه كذلك لو فرض أنّ للآخر يداً عليه بقبض الزمام ، باعتبار ظهور يد الاختصاص في الحمل ، كالراكب والقابض ، فضلاً عمّا لو كانا معاً قابضين ولأحدهما خاصّة الحمل .

وعن الدروس : أنّه جعل حكم الراكب ولابس الثوب وذي الحمل سواء[1].

وفي المسالك : «هو كذلك»[2] ؛ أي في اتّحاد الحكم فيها أجمع ، وإن كان هو عنده الاشتراك وعند غيره الاختصاص . وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك .

﴿ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما، وبابها إلى غرفة الآخر، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت﴾ قطعاً ؛ لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته التابع لقراره ، ومجرّد فتح الباب إلى الغير لا يفيد يداً عرفاً .

نعم ، لو فرض كونه ـ مع ذلك ـ متصرّفاً فيها بسكنى وغيره ، أمكن تقديمه حينئذٍ على صاحب البيت ؛ باعتبار أنّ يده حينئذٍ فعليّة ، ويد

(١) الدروس الشرعيّة: تزاحم الحقوق / درس ٢٦٩ ج ٣ ص ٣٥١ ـ ٣٥٢.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب الصلح ج ٤ ص ٢٩٨.

صاحب البيت تبعيّة ، والفعليّة أقوى وأولى . مع أنّه في المسالك احتمل ↑ ج ٢٦ / ٢٨٢
التساوي أيضاً ، قال : «لثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تأثير قوّة اليد ، كما سلف»[١].

وفي قواعد الفاضل : «ومع التصرّف إشكال»[٢]. وإن كان لا يخفى عليك ما فيه .

نعم ، قد يشكل ذلك : بمنافاته للحكم بشركة الخزانة تحت الدرج ، مع أنّ يد صاحبه عليها تبعيّة ويد المتصرّف بها فعليّة ، فلتقدّم حينئذٍ عليها كما ذكرناه سابقاً ؛ إذ لا فرق في التبعيّة بين أن يكون منشؤها لحوق السفل بالعلو أو بالعكس ، فإنّ من ملك قراراً ملك هواءه ، ومن ↑ ج ٢٦ / ٢٨٣
ملك شيئاً ـ ولو هواءً ـ ملك قراره ، والدرج كذلك ، والله العالم .

---

(١) المصدر السابق.

(٢) قواعد الأحكام: الصلح / الفصل الثالث ج ٢ ص ١٧٧.

كتاب

الشركة

﴿كتاب الشركة﴾

بكسر الشين مع إسكان الراء، وبفتحها مع كسرها، بل وإسكانها ﴿والنظر﴾ فيه يقع ﴿في فصول﴾:

[الفصل] ﴿الأوّل: في أقسامها﴾

ولكن ينبغي أن يعلم أوّلاً: أنّ ماهيّة ﴿الشركة﴾ لغةً ـ على ما قيل[1] ـ: الاختلاط والامتزاج شيوعاً أو مجاورةً.

وشرعاً[2]: ﴿اجتماع حقوق الملّاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع﴾.

فالأوّل بمنزلة الجنس الشامل للاجتماع مع التمييز في مكان واحد. والثاني بمنزلة الفصل، فإنّ المنساق منه الواحد بالشخص، لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف، وحينئذٍ فلا شركة مع تعدّد

---

(١) حواشي الشرواني: ج ٥ ص ٢٨١، وعرّفها بالخلط لغةً في المهذّب البارع: كتاب الشركة ج ٢ ص ٥٤٣.

(٢) كما في قواعد الأحكام: الشركة / في الماهيّة ج ٢ ص ٣٢٥، وإيضاح الفوائد: الشركة / في الماهيّة ج ٢ ص ٢٩٨، والمهذّب البارع: (انظره في الهامش السابق).

الشخص .

نعم ، المراد بالواحد فيما هو متعلّق الشركة وإن تعدّد ؛ لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كلّ فرد من أفراد المتعدّد .

وفي جامع المقاصد[1] والمسالك[2] : «أنّ قيد (الشياع) لإخراج اجتماع حقوق الملّاك في الشيء الواحد المركّب من أجزاء متعدّدة ، كالبيت مثلاً إذا كان خشبه لواحد وحائطه لآخر وأرضه لثالث ، فإنّه لا شركة لعدم الشياع ، وإن صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد» .

وفيه : عدم صدق كونه واحداً بالشخص ؛ إذ هو مجموع أشخاص .

وعن الشهيد في المحكي من حواشيه : «أنّه لإخراج اجتماعها في الشيء الواحد بالشخص على البدل ، كمستحقّ الزكاة والخمس والمجتمعين على مسجد أو معدن أو مباح يتعذّر فيه الاجتماع ، فإنّ ذلك اجتماع لا على سبيل الشياع ـ قال : ـ فإن قيل : يخرج هذه بقوله : (الملّاك) قلنا : الملك المراد به الاستحقاق ؛ حذراً من المجاز والاشتراك»[3] .

↑ ج ٢٦ / ٢٨٤ وأشكله في جامع المقاصد : بأنّ الملك أخصّ من الاستحقاق مطلقاً ، فلو حمل على معناه الخاصّ المتعارف لخرجت هذه الأقسام بالقيد المذكور ، وخرج بقيد «الشياع» ما تقدّم سابقاً[4] .

---

(١) جامع المقاصد: الشركة / في الماهيّة ج ٨ ص ٧ ـ ٨.

(٢) مسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣٠٢.

(٣) نقله عنه في جامع المقاصد: (انظر الهامش اللاحق).

(٤) جامع المقاصد: الشركة / في الماهيّة ج ٨ ص ٧.

إلى أن قال: «وفي التعريف نظر؛ لانتقاضه بالشركة في القصاص وحدّ القذف والخيار والرهن والشفعة ... ونحو ذلك، فإنّه ليس هناك ملك حقيقي، فلا مالك حقيقةً، وقد صرّحوا بأنّ هذا أحد أقسام الشركة الثلاثة»[1].

وكأنّه تصدّى إلى دفع جميع ذلك في المسالك، فقال: «ويمكن أن يكون إنّما حاول بحمل الملك على الاستحقاق ـ الذي هو أعمّ منه ـ إدخال الشركة في الخيار ونحوه ممّا لا ملك فيه، فإنّه محض استحقاق».

«فلو حمل الملك على معناه الخاصّ لانتقض التعريف في عكسه إن أُريد به المعنى الخاصّ».

«ولو جعل مشتركاً بينه وبين الاستحقاق أو مجازاً في الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز، فحمله على معنى الاستحقاق العامّ يدخل الأقسام ويسلم من محذور المجاز والاشتراك كما ذكر».

«لكن يبقى فيه: أنّ إطلاق الخاصّ وإرادة العامّ مجاز غير شائع، يجب صون التعريف عن مثله».

«وقد يجاب عنه: بأنّ إطلاق الملك على الاستحقاق ليس بمجاز، بل معناه يتبادر من قولك: فلان يملك الشفعة على فلان ويملك الحدّ ونحوه، أو أنّه مجاز شائع، وإن كان مطلق إطلاق الخاصّ على العامّ ليس شائعاً، والعبرة في رخصة التعريف إنّما هو بالفرد المحتاج إلى

(١) المصدر السابق: ص ٨.

استعماله، لا بنوع ذلك الفرد، وهذا هو الظاهر هنا».

«وينبّه عليه: أنّ المصنّف بلا فصل ذكر حكم الاشتراك في الحقّ المذكور، فليس بغافلٍ عن دخوله في التعريف. وحينئذٍ فالمستعمل هنا إمّا المجاز المنصوب على إرادته قرينة، أو المشترك اشتراكاً معنويّاً إن جعل ذلك الاستحقاق من أفراد الملك حقيقةً، والاشتراك المعنوي لا يضرّ دخوله في التعريف، ولو أبدل الملك في التعريف بالاستحقاق لسلم من ذلك كلّه»[١].

قلت: ولعلّه لذا عرّفها في «الإسعاد شرح الإرشاد» من كتب العامّة: بأنّها ثبوت الحقّ في الشيء الواحد لمتعدّد[٢].

ولكن قد يقال: ـ بعد الإغضاء عمّا في قوله: «يبقى ...» إلى آخره ـ إنّ الشركة في الحقوق وإن دخلت في التعريف ـ ولو على إرادة الاستحقاق من الملك ـ لكن قد ينافي ذلك قيد «الشياع» فيه؛ فإنّه ج ٢٦ / ٢٨٥ لا شياع في استحقاق كلٍّ منهما الثابت له. فلا محيص حينئذٍ: عن اختصاص التعريف بشركة المال، أو ارتكاب التجوّز في الإشاعة على وجهٍ يشمل ذلك.

ثمّ إنّه لا ريب في ملك الفقراء للزكاة والسادة الخمس والمسلمين الأرض المفتوحة عنوةً، إلّا أنّه ملك جنس لا تعدّد فيه، كي يصدق معه «اجتماع حقوق الملّاك»، والأفراد من حيث الشخص لا ملك

---

(١) مسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣٠٣.

(٢) هذا الكتاب غير متوفّر.

لأحد منها .

كما أنّ الأشياء المباحة من معدن ونحوه هي بين الناس على حدّ سواء ؛ بمعنى : أنّ لكلّ واحد حيازتها ، والسابق منهم أحقّ من غيره ، ومع تعدّد السابق يقرع . وكذا المسجد والوقف العامّ ، وإن كان ربّما يفرّق بينهما ، إلّا أنّه على كلّ حال لا شركة فيها من حيث الملك ولا من حيث الحقّ على سبيل الشركة في الأموال والحقوق ، والأمر في هذا كلّه سهل .

إنّما الكلام : في ملك الكلّي في الصبرة ـ مثلاً ـ كالصاع منها ، وكملك مائة في الثلث بالوصيّة ... ونحو ذلك ـ بناءً على عدم تنزيله على الإشاعة ـ ممّا لا إشكال في صدق الشركة معه ولا إشاعة . اللّهمّ إلّا أن يراد منها عدم التعيين ، لا خصوص الثلث والربع ونحوهما .

وكيف كان ، ففي المسالك ـ تبعاً لجامع المقاصد[1] ـ : «أنّ للشركة معنيين ـ بل في أوّلهما : شرعيّين ـ أحدهما : ما ذكره المصنّف ، ولكنّه معنىً من المعاني دخوله في باب الأحكام أولى ؛ ضرورة حصول الاجتماع المزبور بعقد وغيره ، بل بغيره أكثر ، حتّى لو تعدّى أحدهما ومزج ماله بمال الآخر قهراً بحيث لا يتميّزان تحقّقت الشركة بالمعنى المزبور به» .

«وثانيهما : عقد ثمرته جواز تصرّف الملّاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه ، ولا يدخل فيه المستحقّون للإرث ونحوه ، وهذا هو

(١) جامع المقاصد: الشركة / في الماهيّة ج ٨ ص ٨ ـ ٩.

المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود، ويلحقها الحكم بالصحّة والبطلان. وإليه يشير المصنّف فيما بعد بقوله: (قيل: تبطل الشركة، أعني الشرط والتصرّف. وقيل: يصحّ)».

«ولقد كان على المصنّف أن يقدّم تعريفها على ما ذكره؛ لأنّها المقصود بالذات هنا، أو ينبّه عليهما معاً على وجهٍ يزيل الالتباس عن حقيقتهما وأحكامهما»[١].

وفي القواعد[٢] وغيرها[٣]: كفاية قول «اشتركنا» في العقد المزبور.

لكن في الحدائق: «لا يخفى على من تأمّل الأخبار عدم معنى للشركة إلّا الأوّل الذي ذكره المصنّف والفاضل والشهيد في اللمعة، وأمّا المعنى الثاني فلا يشمّ له رائحة منها»[٤]. ↑ ج ٢٦ / ٢٨٦

إلى أن قال بعد أن حكى عن بعضهم أنّها عقد جائز: «لا عقد هنا بالكلّيّة ولا عاقد، وإنّما الشركة اجتماع الأموال على الوجه المذكور، فلا معنى لوصفه بالجواز. نعم، البقاء على حكمها أمر جائز؛ بمعنى: أنّه لا يجب عليه الصبر على الشركة، بل يجوز رفعها وأخذ حصّته».

«وبعد هذا الاجتماع لا يصحّ لأحد الشركاء التصرّف فيها إلّا بإذن الباقين، المدلول عليها باللفظ الصريح أو الظاهر أو غيره من القرائن،

---

(١) مسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣٠١ ـ ٣٠٢ (مع تقديم وتأخير).

(٢) قواعد الأحكام: الشركة / في الماهيّة ج ٢ ص ٣٢٦.

(٣) كتذكرة الفقهاء: الشركة / في أركانها ج ١٦ ص ٣٢٦، وجامع المقاصد: الشركة / في الماهيّة ج ٨ ص ١٥ ـ ١٦.

(٤) الحدائق الناضرة: الشركة / في حقيقتها ج ٢١ ص ١٤٨.

كغير المقام ممّا يعتبر فيه الإذن[١]»[٢].

قلت : قد يؤيّد ذلك أيضاً ظاهر كلام المصنّف واللمعة[٣] وغيرهما[٤] ممّا لم يتعرّض فيها لكونها عقداً.

بل في جامع المقاصد[٥] عن فخر المحقّقين وأوّل الشهيدين تنزيل قول الفاضل : «وقيل : تبطل إلّا أن يشترط الزيادة للعامل»[٦] على إرادة بطلان الإذن، لا عقد الشركة.

وردّ ذلك كلّه في الرياض ـ تبعاً لجامع المقاصد[٧] وغيره[٨] ـ بـ«الإجماع، وبأنّ الأصل حرمة التصرّف في مال الغير بغير إذنه، فيقتصر فيها على القدر المتيقّن، وهو ما دلّ عليها صريحاً من الجانبين، كما نبّه عليه في التذكرة، وعليه يصحّ إطلاق العقد عليه».

«وأمّا الاكتفاء فيها بمجرّد القرائن الدالّة عليها والألفاظ الغير الصريحة فيها فلا دليل عليه».

---

(١) قوله: «المدلول عليها ...» إلى آخر العبارة غير مصرّح به وإنّما قد يستفاد من طيّات كلامه (انظر الهامش السابق: ص ١٥٠ و١٥١).

(٢) الهامش قبل السابق: ص ١٤٩.

(٣) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشركة ص ١٥١.

(٤) كالمختصر النافع: كتاب الشركة ص ١٤٥، وتلخيص المرام: الإجارة / الفصل الثالث ص ١٣٥.

(٥) جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٢٧.

(٦) قواعد الأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٢٧.

(٧) جامع المقاصد: الشركة / في الماهيّة، والأحكام ج ٨ ص ٨ ـ ٩ و٢٧.

(٨) كمجمع الفائدة والبرهان: الشركة / البحث الأوّل ج ١٠ ص ١٩٥ ـ ١٩٦.

«وعلى فرض وجوده ـ كما يدّعى من ظاهر النصوص، مع عدم دلالته عليه أصلاً ـ فلا ريب في مغايرة هذا المعنى للأوّل أيضاً؛ لحصول الأوّل بامتزاج المالين قهراً من دون رضا المتشاركين، وهو غير الامتزاج مع الرضا به، وبالتصرّف في المالين مطلقاً أو مقيّداً على حسب ما يشترطانه، فإنكاره رأساً فاسد جدّاً».

«ولا ينافي التغاير دخول الثاني في الأوّل دخول الخاصّ في العامّ، فإنّه من أفراده؛ لمغايرتهما في الجملة قطعاً، وهو كافٍ في إفراد الخاصّ عن العامّ في الإطلاق»[١].

إلى غير ذلك من الكلمات، خصوصاً التذكرة[٢]، وخصوصاً ما في بعض كتب العامّة[٣]، إلّا أنّها جميعها من غرائب الكلام:

أمّا ما في الحدائق من إنكار عقد الشركة رأساً، فهو واضح الفساد، بل يمكن دعوى إجماع الخاصّة والعامّة على خلافه.

كما أنّ دعوى كون عقدها ما دلّ على جواز التصرّف من كلّ منهما
ج ٢٦ ٢٨٧ أو من أحدهما واضح[٤] الفساد أيضاً؛ ضرورة عدم مدخليّة ذلك في
الشركة بوجهٍ من الوجوه، بل هو داخل في قسم الوكالة. وقد اعترف به
في التذكرة.

---

(١) رياض المسائل: كتاب الشركة ج ٩ ص ٣١٦ ـ ٣١٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشركة / في أركانها ج ١٦ ص ٣٢٦.

(٣) المجموع: ج ١٤ ص ٦٦.

(٤) الأولى التعبير بـ«واضحة».

قال فيها: «الشركة قد تقع بالاختيار وقد تقع بالإجبار، وكلامنا في الأُولى، وهي قد تحصل بمزج المالين بالاختيار من غير لفظ، فلو امتزج المالان برضاهما حصل الشركة الاختياريّة وإن لم يكن هنا لفظ. وأمّا التصرّف فالإذن[1] فيه والمنع منه فذاك حكم زائد على مفهوم الشركة»[2].

ومن ذلك وغيره يعلم التشويش في كلامه وكلام غيره أيضاً، وكأنّ السبب الذي أوقعهم في الوهم: هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهري، فمع فرض اعتبار الامتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها حينئذٍ؛ ضرورة حصولها بالمزج المزبور المفيد لذلك مع القهر وعدم القصد به إليها، فضلاً عمّا لو قصدت به اختياراً، فلم يكن حينئذٍ معنىً لعقدها إلّا جواز التصرّف.

خصوصاً مع ملاحظة الشركة الاكتسابيّة التي هي من أقسام التجارة، المبنيّة على العمل من الشريكين أو من أحدهما، التي قد وردت النصوص[3] بها، وفيمن ينبغي أن يشارك وأن لا يشارك ... وغير ذلك من أحكامها.

ولعلّه لذا اكتفوا في صيغتها بقول: «اشتركنا» باعتبار امتناع أن يراد

---

(١) في المصدر بدلها: والإذن.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشركة / في أركانها ج ١٦ ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٧ من أبواب مقدّمات التجارة ج ١٧ ص ٧٥. وباب ٧ من كتاب الشركة ج ١٩ ص ١٣.

بإنشائه حصولها بدون مزج ولا المزج الذي لا يحصل باللفظ ، فتعيّن أن يكون معناه جواز التصرّف ؛ وإلّا لم يكن له معنىً أصلاً كما صرّح بذلك في جامع المقاصد[١].

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما في ذلك ؛ إذ لا دلالة في قول : «اشتركنا» على الإذن بوجهٍ من الوجوه ، كما أنّه لا حاجة في حصول الإذن منهما أو من أحدهما إلى عقد ، وليس من مقوّمات الشركة حصوله ؛ إذ يمكن اشتراكهما في المال مع الإذن في العمل لثالث ، بل يمكن إرادة الشركة من دون عمل أصلاً لغرض من الأغراض .

فالتحقيق أن يقال حينئذٍ ـ بعد الإجماع على كونها عقداً ـ : إنّ قول : «اشتركنا» لإنشاء تحقيقها وصيرورة كلّ من المالين بينهما على الإشاعة ، إلّا أنّه يشترط في صحّة ذلك تحقّق المزج بعده إن لم يكن ، فهو حينئذٍ شرط كاشف أو ناقل نحو القبض في الوقف ، أو أنّه جزء السبب .

ومتى حصل مزج بقصد إنشاء الشركة من دون قول تحقّقت ، وكانت كالمعاطاة بناءً على جريانها فيها ، وإن كان التحقيق خلافه ، ↑ ج ٢٦ / ٢٨٨
سيّما مع عدم فرق حينئذٍ بينها وبين العقد إلّا على احتمال الكشف .

أمّا المزج القهري والمجرّد عن قصد إرادة إنشاء الشركة ، فلا يترتّب عليه ملك كلٍّ منهما الحصّة المشاعة في نفس الأمر ، وإنّما

---

(١) جامع المقاصد: الشركة / في الماهيّة ج ٨ ص ١٥ ـ ١٦.

يفيد الاشتباه في كلّ من أجزاء المال، إلّا أنّ الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهري الذي قد تقدّم نظائره.

فالفرق حينئذٍ بين المزج القهري والمزج الإنشائي هو ما ذكرناه، فله حينئذٍ إيقاع عقد الشركة بعد وقوعه؛ كي يتبدّل الملك ظاهراً بالملك واقعاً.

بل لو سلّم إفادة المزج القهري الملك في الواقع ـ على نحو المزج الاختياري، كما هو ظاهر كلمات الأصحاب ـ أمكن أن يقال حينئذٍ: إنّه لا مانع من صيرورته جزء سبب ـ مثلاً ـ إذا جيء به لإتمام عقد الشركة مثلاً، بل ومن صيرورته سبباً تامّاً في ذلك إذا قصد الإنشاء به في المعاطاة، ومن اتّفاق حصول الشركة به قهراً، فإنّه لا تنافي حينئذٍ بينهما، ويكفي في العقد تحقّقه به، لا أنّه لا تقع الشركة بغيره. لكنّ الإنصاف عدم خلوّ ذلك من نظر، بل منع.

وعلى كلّ حال، بذلك يظهر لك ما في جميع كلماتهم من التشويش والاضطراب، خصوصاً التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والرياض وغيرها[١]، التي لا يخفى عليك حالها بعد الإحاطة بما ذكرناه، فضلاً عمّا يظهر من المحكي عن ابن الجنيد في المختلف من تحقّق الشركة بالقول مع الافتراق من دون مزج، قال:

«لو تلف مال أحد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالين أو

---

(١) تقدّم نقل مصادرها خلال البحث.

بافتراق كان ما تلف من مال صاحبه، وإن كان التلف بعد العقد والافتراق كان من مالهما جميعاً»[١].

وهو كما ترى؛ ومن هنا قال في المختلف ـ بعد أن حكى ذلك عنه ـ : «والأجود أن لا شركة إلّا بالامتزاج، والتلف قبله من صاحبه»[٢]. ومراده: في محلّ الفرض، فتأمّل. وربّما يجيء لذلك أيضاً زيادة تحقيق في مطاوي البحث.

﴿ثمّ﴾ المال ﴿المشترك: قد يكون عيناً﴾ كما هو ظاهر ﴿وقد يكون منفعةً﴾ بالإجارة والحبس والسكنى، قيل: «والوقف»[٣]. وفيه: أنّه إن كان على محصورين فالاشتراك بالعين وإلّا فلا اشتراك، بل هو حينئذٍ نحو ما عرفته في حقّ الزكاة والخمس والطرق العامّة والطرق النافذة ﴿وقد يكون حقّاً﴾ كالخيار والشفعة الموروثين مثلاً ↑ ج ٢٦ / ٢٨٩
والقصاص وغيرها.

﴿و﴾ أمّا ﴿سبب الشركة﴾ في الثلاثة: فـ﴿قد يكون إرثاً﴾ كما إذا ورثا مالاً أو منفعةً أو حقّاً.

﴿وقد يكون عقداً﴾ في الثلاثة أيضاً، كما لو اشتريا داراً أو استأجراها أو صالحا عن حقّ تحجيرٍ مثلاً.

---

(١) مختلف الشيعة: الإجارة / في الشركة ج ٦ ص ٢٣٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) فقه القرآن (للراوندي): باب الشركة ج ٢ ص ٦٦، تحريرالأحكام: الشركة / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٢٥.

﴿وقد يكون مزجاً﴾ في العين ـ كما هو واضح ـ بل والمنفعة فيما لو فرض استئجارهما دراهم للتزيّن مثلاً ـ بناءً على جوازه ـ لكلٍّ دراهم مخصوصة، ثمّ مزجاهما بإرادة الاشتراك في المنفعة، فيتحقّق حينئذٍ اشتراكهما في المنفعة.

وقد يشكل ذلك: بأصالة عدمها، وإنّما هو من الاشتباه، لا المزج المعتبر في تحقّق الشركة، فتأمّل.

﴿وقد يكون حيازةً﴾ بناءً على تحقّقها بشركة الأبدان كما عن الإسكافي[١]، أو على فرض نيّة كلّ منهما بأنّ ما يحوزه له ولشريكه الموكّل له على ذلك، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك.

﴿و﴾ لكنّ ﴿الأشبه﴾ عند المصنّف بأُصول المذهب وقواعده ﴿في الحيازة: اختصاص كلّ واحد بما حازه﴾ لأصالة عدم دخوله في ملك الغير حتّى مع النيّة؛ لعدم ثبوت قبول مثله النيابة، فضلاً عمّا إذا لم ينو؛ فإنّه لا وجه له إلّا على جواز شركة الأبدان، المعلوم بطلانها عندنا.

ومن ذلك يعلم ما في المسالك من أنّه «ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كلٌّ بنيّة الوكالة لصاحبه في تملّك نصف ما يحوزه، فإنّه حينئذٍ يتوجّه الاشتراك؛ لأنّ ذلك ممّا يقبل النيابة»[٢]. إذ قد عرفت الملك بذلك أيضاً عند المصنّف.

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: الإجارة / في الشركة ج ٦ ص ٢٣٠.

(٢) مسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣٠٥.

﴿نعم، لو اقتلعا شجرةً أو اغترفا ماءً دفعةً﴾ بآنية واحدة، أو اشتركا في نصب حبالة الصيد المشترك ورمي السهم المثبت له ﴿تحقّقت الشركة﴾ حينئذٍ في الجملة قطعاً.

وفي المسالك: «لكن يكون لكلّ واحد من المُحاز بنسبة عمله، ويختلف ذلك بالقوّة والضعف. ولو اشتبه مقدار كلّ واحد فطريق التخلّص بالصلح، أو تمليك كلّ واحد ما بقي له عند الآخر، بناءً على جواز هبة المجهول»[١].

قلت: أو يحكم بالنصف؛ لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما في القوّة والضعف؛ ↑ ج ٢٦ / ٢٩٠ لصدق اتّحاد فعلهما في السببيّة، واندراجهما في قوله: «من حاز ملك»[٢]. ولعدم الدليل على اقتضاء ذلك التفاوت في المحاز، وإن كان هو منافياً للاعتبار العقلي الذي لا يرجع إلى دليل معتبر شرعاً، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿وكلّ مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميّزان تحقّقت فيهما الشركة، اختياراً كان المزج أو اتّفاقاً﴾ مقصوداً به الشركة أو لا، بلا خلاف أجده فيه[٣]، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه[٤].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) أرسله في العناوين الفقهيّة: عنوان ٩٠ ج ٢ ص ٧٠٨.

(٣) كما في المناهل: كتاب الشركة ص ١٨٥.

(٤) نقل الإجماع في ظاهر غنية النزوع: في الشركة ص ٢٦٣، والسرائر: باب الشركة ج ٢ ص ٣٩٩.

←

وفي دعائم الإسلام: «روينا عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز الشركة في الرباع والأرضين، وأشرك رسول الله صلى الله عليه وآله عليّاً عليه السلام في هديه»(١).

«وإذا أراد رجلان أن يشتركا في الأموال، فأخرج كلّ منهما مالاً مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم، ثمّ خلطا ذلك حتّى يصير مالاً واحداً لا يتميّز بعضه عن بعض، على أن يبيعا ويشتريا ما رأياه من أنواع التجارات، فما كان في ذلك من فضل كان بينهما، وما كان من وضيعة كانت عليهما بالسواء، فهذه شركة صحيحة لا اختلاف علمناه فيها، وليس لأحدهما أن يبيع ويشتري إلّا مع صاحبه، إلّا أن يجعل له ذلك»(٢).

وإن كان يحتمل ـ بل هو الظاهر ـ أنّ قوله: «وإذا ...» إلى آخره من مصنّفها، لا ممّا رواه عن جعفر بن محمّد عليهما السلام، إلّا أنّه على كلّ حال فيه شهادة على المزج في الجملة.

لكن قد عرفت سابقاً الفرق بين المزج الاختياري ـ المقصود فيه الشركة ـ وغيره: بالملك مشاعاً في نفس الأمر في الأوّل، بخلاف

← وينظر قواعد الأحكام: الشركة / في الماهيّة ج ٢ ص ٣٢٦، وجامع المقاصد: الشركة / في الماهيّة ج ٨ ص ١٧، ومسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣٠٥، وكفاية الأحكام: كتاب الشركة ج ١ ص ٦١٨.

(١) دعائم الإسلام: البيوع / ذكر الشركة ح ٢٥٤ ج ٢ ص ٨٥، مستدرك الوسائل: أورد بعضه في باب ٣٥ من أبواب الذبح ح ٩ ج ١٠ ص ١١٣، وبعضه في باب ٦ من كتاب الشركة ح ١ ج ١٣ ص ٤٥١.

(٢) انظر «الدعائم» في الهامش السابق: ح ٢٥٥.

الثاني وإن عومل معاملته في الأحكام، إلّا أنّه لو فرض اتّفاق العلم ببعضه لأحدهما لم يكن للآخر شركة فيه، بل لو فرض بقاء ما ليس هو إلّا لأحدهما أمكن حينئذٍ إتيان القرعة ـ عند القائل بها في مثله ـ وقسمته بينهما من الصلح القهري عند غيره، على نحو ما سمعته في نظائره في كتاب الصلح، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا خلاف[1] في أنّه ﴿يثبت ذلك في المالين المتماثلين في الجنس والصفة﴾ أي بالمزج الرافع للامتياز بينهما، ↑ ج ٢٦ / ٢٩١ الذي قد عرفت سببيّته للشركة، فلو تخلّف أحدهما تحقّق الامتياز المنافي للشركة.

فلا يكفي حينئذٍ مزج الحنطة بالشعير، ولا الدخن بالسمسم ـ وإن عسر التخلّص ـ والدراهم بالدنانير، بل ولا الحنطة الحمراء بالبيضاء، والصغيرة الحبّ بالكبيرة، والدراهم الصحيحة بغيرها ... ونحو ذلك ممّا لم يرتفع التمييز فيها بالمزج الذي هو سبب الشركة إذا كان على الوجه المزبور.

﴿سواء كانا﴾ أي المالان ﴿أثماناً﴾ أي ذهباً وفضّةً ﴿أو عروضاً﴾ كالأدهان وغيرها من المائعات، بل والحنطة والشعير والذرة والسمسم ونحوها.

خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط: فمنع من الشركة في

---

(١) كما في رياض المسائل: كتاب الشركة ج ٩ ص ٣١٨.

العروض إلّا في المكيل والموزون[١].

وما عن الإسكافي: من إطلاق عدم صحّة الشركة إذا كان لكلّ واحد منهما متاع، إلّا أن يتعاوضا بمتاعيهما، فيبيع هذا نصف متاعه بنصف متاع هذا[٢].

وإن كان يمكن تنزيل كلام الأخير منهما على ما لا يحصل معه الامتزاج الرافع للامتياز.

ثمّ المراد من عدم التمييز: كونه في الظاهر كذلك لا في نفس الأمر، فإنّ الأجسام لا تتداخل في المائعات، فضلاً عن غيرها.

لكن في الرياض ـ بعد أن اعترف[٣] بأنّه المستفاد من كلمات الأصحاب، سيّما معقد إجماع التذكرة[٤] ـ قال: «وهو منافٍ لما ذكروه في التعريف من أنّها اجتماع حقوق على الإشاعة؛ فإنّ الظاهر منها ـ حيث تطلق ـ أن لا يفرض جزء إلّا وفيه حقّ لهما، وبه صرّح الفاضل المقداد في شرح الكتاب، بل صرّح فيه بعدم حصول الشركة بمزج الحنطة والذرة والدخن والسمسم ونحوها بمثلها، بل حصرها في مثل الأدقّة والأدهان بمثلها».

«ولكنّ الظاهر عدم استقامة ما ذكره على طريقة الأصحاب؛

---

(١) المبسوط: كتاب الشركة ج ٢ ص ٣٤٤ و٣٤٥.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: الإجارة / في الشركة ج ٦ ص ٢٣٨.

(٣) رياض المسائل: كتاب الشركة ج ٩ ص ٣١٩ ـ ٣٢٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: الشركة / في أركانها ج ١٦ ص ٣٢٨ و٣٣٠.

لاتّفاقهم في الظاهر على عدم اشتراط عدم التميّز النفس الأمري، مع أنّ اشتراطه في نحو الأثمان مخالف لطريقة المسلمين في الأعصار والأمصار؛ لأنّهم لا يزالون يتشاركون فيها من زمن النبيّ صلى الله عليه وآله إلى ↑ زماننا هذا من غير نكير في صقع من الأصقاع وعصر من الأعصار، ج ٢٦ / ٢٩٢ فكان إجماعاً، وقد نبّه عليه في التذكرة».

«بقي الكلام في التوفيق بين التعريف وما هنا، والخطب سهل بعد الإجماع على ما هنا؛ لعدم الدليل على ما في التعريف من اعتبار الإشاعة بالمعنى المتقدّم، مع احتمال إرادتهم منها هناك عدم التمييز المطلق»[١].

قلت: وفيه أوّلاً: أنّ عدم التمييز في نفس الأمر لا يتمّ في الأذهان ولا في غيرها، كما سمعت.

وثانياً: أنّ التعريف للشركة الشرعيّة الموجبة للملك على الإشاعة، التي قد ذكروا أسبابها بعد تعريفها، ولا ريب في أنّ المراد منها المعنى الأوّل لا عدم التمييز، كما هو واضح لا يشتبه على من له أدنى تحصيل.

وما حكاه في[٢] التنقيح لم أجده فيما حضرني من نسخته، قال: «الفائدة الثانية[٣]: الشركة أمر حادث، وكلّ حادث لابدّ له من سبب، والسبب هنا قد يكون إرثاً، وقد يكون حيازةً كما لو اقتلعا شجرةً أو

---

(١) المصدر قبل السابق: ص ٣٢٠.

(٢) الأولى التعبير بدلها بـ «عن».

(٣) في المصدر: الثالثة.

اغترفا ماءً بآنية ، وقد يكون مزجاً ، كما إذا مزجت الأجزاء المتساوية المصغّرة بحيث لا يمتاز جزء عن جزء كالأدقّة والأدهان ، لا كالحنطة والذرة والدخن والسمسم والدراهم الجدد والعتق» .

ثمّ قال : «الفائدة الثالثة[1] : إنّما قيّد الاجتماع على وجه الشياع ؛ احترازاً عن اجتماع لا يحصل فيه ذلك ، والمراد بالشياع : أن لا يفرض جزء إلّا وفيه حقّ لهما»[2] .

وهو ـ كما ترى ـ أجنبي عمّا حكاه عنه ؛ ضرورة كون مراده عدم تحقّقها مع التمييز ، كمزج الحنطة بالذرة والدخن بالسمسم والدراهم الجديدة بالعتيقة ـ ولذا أفردها وجمع الأدهان والأدقّة ـ لا بأمثالها التي من ضرورة المذهب تحقّق الشركة فيها بالامتزاج .

وأمّا ما ذكره من تفسير الشياع فهو في محلّه ، لا أنّه يريد تماميّته في مثل الدقيق دون غيره ، كما هو واضح بأدنى تأمّل ، خصوصاً مع ملاحظة كونه أجلّ من أن يقع في هذا الوهم الذي لا ينبغي جوازه على أصاغر الطلبة .

إنّما الكلام : في اعتبار المثليّة إذا كانت بالمزج فيها كما هو ظاهر المصنّف ، بل قيل : هو صريح قوله : ﴿أمّا ما لا مثل له كالثوب ↑
والخشب والعبد فلا تتحقّق[3] فيه بالمزج، بل قد تحصل[4] بالإرث ج ٢٦ / ٢٩٣

---

(١) في المصدر: الرابعة.

(٢) التنقيح الرائع: كتاب الشركة ج ٢ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨.

(٣ و ٤) في نسختي الشرائع والمسالك: فلا يتحقّق ... يحصل.

أو أحد العقود الناقلة كالابتياع والاستيهاب﴾ ولعلّه لأصالة بقاء كلٍّ على ملك مالكه، المقتصر في الخروج عنها على المتيقّن، الذي هو المزج في المثليّات دون غيرها.

لكن في الرياض ـ بعد أن حكى ذلك عن المصنّف هنا ـ قال: «وفاقاً للمبسوط والإسكافي، إلّا أنّه أطلق، ولكنّ معلوم النسب لا يقدح خروجه بالإجماع».

«ومع ذلك يضعّف: بتحقّق المزج على الوجه المتقدّم في كثير منها، كالثياب المتعدّدة المتقاربة الأوصاف، والخشب كذلك ... ونحوهما، فيتحقّق الشركة، فإنّ ضابطها: حصول المزج مع عدم الامتياز. ولا خصوصيّة للقيمي والمثلي في ذلك، وقد حصل»[1].

ولا يخفى عليك ما في الثاني من المصادرة الواضحة.

نعم، لو كان في الأدلّة ما يقتضي إطلاقه تحقّقها بالمزج الرافع للامتياز اتّجه حينئذٍ الاستدلال بإطلاقه، ولكن لم نعثر على ذلك. اللّهمّ إلّا أن يستدلّ: بإطلاق «أوفوا بالعقود»[2] المقتضي لتحقّقها في جميع أفراد الشكّ، أو بإطلاق معقد دعوى الإجماع على ذلك، إلّا أنّا لم نتحقّقه.

نعم، في التذكرة: «وأمّا العروض فعندنا تجوز الشركة فيها مع

---

(١) رياض المسائل: كتاب الشركة ج ٩ ص ٣١٨ ـ ٣١٩.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

الشرط المذكور ـ أي المزج الرافع للامتياز ـ سواء كانت من ذوات الأمثال أو من ذوات القيمة»[١].

وهو ليس إجماعاً صريحاً، مع أنّك قد سمعت ما حكاه عن الشيخ والإسكافي، وإن كان قد سمعت كلامهما سابقاً.

ولو سلّم الإجماع على ذلك فليس في كلام المصنّف صراحة فيما ينافيه، خصوصاً بعد قوله سابقاً: «وكلّ مالين مزج أحدهما بالآخر...»[٢] إلى آخره، الشامل للقيمي والمثلي. بل قوله أيضاً: «وتثبت في المالين المتماثلين في الجنس والصفة»[٣] كذلك أيضاً؛ ضرورة صدق ذلك على القيميّات.

لكنّ قوله: «أمّا ما لا مثل له...»[٤] إلى آخره قد يظهر منه ذلك، إلّا أنّه من المحتمل إرادته عدم تحقّقها بالثوب والخشب والعبد؛ باعتبار عدم المزج فيها الرافع للامتياز، فهو حينئذٍ لبيان ما احترز به من اعتبار المزج الرافع للامتياز.

↑ ج ٢٦ / ٢٩٤

على أنّ مثل هذه لا يتحقّق فيها الشركة بمزجها؛ باعتبار عدم ارتفاع الامتياز بمزجها، كما هو واضح. وربّما يومئ إليه: إفراد الثوب والعبد؛ إذ لو كان المراد الثوب في الثياب والعبد في العبيد والخشب في

(١) تذكرة الفقهاء: الشركة / في أركانها ج ١٦ ص ٣٢٨.

(٢) تقدّم في ص ٥٧٦.

(٣) تقدّم في ص ٥٧٨.

(٤) تقدّم في ص ٥٨١.

الأخشاب لناسب التعبير بالجمع .

نعم ، قد يقال : إنّ المتيقّن من الفتاوى ومعاقد الإجماعات في سبب الشركة المزجيّة : هو ما يتحقّق فيها صدق المزج الرافع للامتياز بسببه ، فمتى لم يحصل صدق المزج ، كالدور والبساتين والعبد في العبد والجمل في الجمل والفرس في الفرس ... ونحو ذلك ، لم تتحقّق الشركة المزجيّة ؛ إذ هو من الاشتباه لا الامتزاج الشبيه بالتداخل عرفاً ؛ كما في المائعات وذوات الأجزاء الصغيرة من الحبوب ونحوها[١] مع فرض الكثرة من الجانبين .

وبالجملة : المدار في حصولها على ذلك من غير فرق بين المثلي والقيمي ، كالمصوغات الصغيرة مثل حبّ الذهب ونحوه ؛ ضرورة صدق امتزاجها على وجهٍ يرتفع الامتياز بينها .

بل إن لم يقم إجماع أمكن القول بتحقّق الشركة بامتزاج الشخصين ـ المتّحدين في الأوصاف الخارجيّة ـ وإن كانا من جنسين ، كالقرمز مع بعض الأصباغ المساوية له في اللون ، والعسل وبعض أفراد الدبس ... ونحو ذلك . واعتبار بعضٍ[٢] : اتّحاد الجنس والوصف ، إنّما هو للاحتراز عمّا لا يرتفع بالامتزاج امتيازه من مختلفهما ، بخلاف محلّ الفرض .

---

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة: بل وغيرها.

(٢) كالشيخ في الخلاف: الشركة / مسألة ٢ ج ٣ ص ٣٢٧، وابن إدريس في السرائر: باب الشركة ج ٢ ص ٣٩٩.

اللّهمّ إلاّ أن يقال : إنّ ذلك من متعسّر التخلّص بالامتزاج ، كالدهن مع الدبس مثلاً ، لا ممّا رفع امتزاجه امتيازه وصيّره كالمال المتّحد باعتبار اتّحاده معه في الجنس والصفة . مع أنّه أيضاً ـ كما ترى ـ للنظر فيه مجال .

بل قد يقال : بتحقّقها في متعذّر التخلّص ـ أيضاً ـ كلّ على نسبة قيمة ماله ، كما في المثليّات والقيميّات الممتزجة المفروض اختلاف قيمتها ؛ على معنى : صيرورة ذلك المال مشتركاً بينهما على نسبة قيمة مالهما ، لا أنّ المشترك بينهما قيمتهما الوهميّة دونهما .

وبالجملة : كلامهم في ذلك غير منقّح ، وقد عرفت ما تقتضيه الأُصول ﴿و﴾ القواعد في محالّ الشكّ .

كما أنّه غير خفيّ عليك فيما ﴿لو أراد الشركة فيما لا مثل له﴾ وغيره ممّا لا تتحقّق فيه بالامتزاج ؛ لعدم ارتفاع امتيازه به ﴿باع كلّ واحد منهما حصّته ممّا في يده بحصّته ممّا في يد الآخر﴾ أو وهب كلّ منهما كذلك ، أو باعها بثمنٍ اشترى الأُخرى به منه ... أو غير ذلك. ↑ ج ٢٦ / ٢٩٥

بل قد يستفاد من النصوص تحقّقها ـ في مالٍ اشتري بثمن معيّن مثلاً ـ بقول : «شرّكتك فيه» على معنى إرادة نقل نصفه مثلاً إليه بنصف الثمن ، وبقول : «الربح بيني وبينك فيه» ... ونحو ذلك .

قال محمّد بن مسلم في الموثّق : «سألت أبا جعفر عليه‌السلام : عن الرجل يشتري الدابّة وليس عنده نقدها ، فأتى رجلاً من أصحابه فقال : يا فلان ، انقد عنّي ثمن هذه الدابّة والربح بيني وبينك ، فنقد عنه فنفقت

الدابّة؟ قال : ثمنها عليهما ؛ لأنّه لو كان ربحا لكان بينهما»[١]. ونحوه غيره[٢]، والله العالم.

﴿ولا تصحّ الشركة بالأعمال؛ كالخياطة والنساجة﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده فيه بيننا[٣]، بل الإجماع بقسميه عليه[٤]، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر. من غير فرق بين اتّحاد عملهما واختلافه، ولا بين كون العمل في مال مملوك أو تحصيل مباح من حطب وحشيش ونحوهما.

للأصل السالم عن معارضة : «أوفوا بالعقود»[٥] بعد ما عرفت. والتراضي بما لم يثبت شرعيّته غير مجدٍ، والمراد بالتجارة عنه[٦] ما ثبت التكسّب به شرعاً.

وما يحكى : من شركة سعد بن أبي وقّاص وعبدالله بن مسعود وعمّار بن ياسر فيما يغنمونه، فأتى سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء،

---

(١) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ٣ بيع المضمون ح ٧٢ ج ٧ ص ٤٣، وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب الشركة ح ٢ ج ١٩ ص ٥.

(٢) من لايحضره الفقيه: المعيشة / باب البيوع ح ٣٨١٣ ج ٣ ص ٢١٩، وسائل الشيعة: انظر باب ١ من كتاب الشركة ج ١٩ ص ٥.

(٣) كما في مسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣٠٧.

(٤) ينظر الانتصار: مسألة ٢٦٦ ص ٤٧٢ و٤٧٤، والخلاف: الشركة / مسألة ٦ ج ٣ ص ٣٣٠ ـ ٣٣١، والتنقيح الرائع: كتاب الشركة ج ٢ ص ٢٠٩، والمهذّب البارع: كتاب الشركة ج ٢ ص ٥٤٤ ـ ٥٤٥.

(٥) سورة المائدة: الآية ١.

(٦) إشارة إلى الآية ٢٩ من سورة النساء.

فأقرّهم النبيّ ﷺ وشرّكهم جميعاً[١].

غير ثابت، مع إمكان أن يكون ذلك يوم بدر الذي غنائمه ـ على ما صرّح به في التذكرة[٢] ـ للنبيّ ﷺ، فيمكن أن يكون ذلك منه ﷺ هبةً لهم، بل يمكن غير ذلك أيضاً.

ومن هنا اتّفق أهل الحقّ على عدم الشركة بذلك، عدا ما يحكى عن ابن الجنيد منهم، مع أنّ المحكي عنه في المختلف أنّه قال: «لو اشترك رجلان بغير رأس مال، على أن يشتريا ويبيعا بوجوههما، جاز ذلك».

«ولو اشترك رجلان، فكان من عند أحدهما بذر وبقر، وعلى الآخر العمل والخراج، كانت الشركة جائزة بينهما». ↑ ج ٢٦ / ٢٩٦

«ولو اشترك رجلان على أن يعملا عملاً، لكلّ واحد منهما فيه عمل منفرد، أو أن تكون أيديهما جميعاً في العمل وتقسّم الأُجرة بينهما، لم أُجز ذلك؛ لأنّ الأُجرة عوض عن عمل، فإذا لم يتميّز مقدار عمل كلّ واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستحقّه. وإن تتاركا الفضل وتحالّا، أو تضمّن أحدهما بالعمل ثمّ قسّمه على الآخر من غير شركة، جاز ذلك»[٣].

---

(١) سنن أبي داود: ح ٣٣٨٨ ج ٣ ص ٢٥٧، سنن ابن ماجة: ح ٢٢٨٨ ج ٢ ص ٧٦٨، سنن النسائي: ج ٧ ص ٥٧ و٣١٩، سنن الدارقطني: ح ١٣٨ ج ٣ ص ٣٤، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٧٩، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٨٦ ج ٨ ص ٤٨٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشركة / في الماهيّة ج ١٦ ص ٣١٦.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الإجارة / في الشركة ج ٦ ص ٢٣٠.

وهو ـ كما ترى ـ صريح في عدم الجواز.

لكن في المختلف ـ بعد أن حكى ذلك عنه ـ قال: «والوجه البطلان؛ لنا: إجماع الفرقة، وخلاف ابن الجنيد غير معتدّ به؛ لانقراضه وحصول الاتّفاق بعده؛ ولأنّ الأصل عدم الشركة وبقاء حقّ كلّ واحد عليه، ولأنّه غرر عظيم، ولأنّ الشركة عقد شرعي، فيقف على الإذن فيه»[١]. ويمكن أن يريد ما ذكره أوّلاً من شركة الوجوه.

ولكن قد يقال: إنّه يمكن صحّة ما ذكره بالتوكيل من كلّ منهما على الابتياع والبيع؛ كما أنّ ما ذكره ثانياً يمكن كونه من باب المزارعة.

وحينئذٍ فلا يكون خلاف منه، بل تتّفق كلمة أهل الحقّ على البطلان، وإن اشتهر نقل ذلك عنه، بل المعروف في الحكاية عن الشافعي موافقته على ذلك[٢].

وإنّما المخالف أبو حنيفة ومالك وابن حنبل، على اختلاف فيما بينهم أيضاً في تعيين الجائز من ذلك[٣]. وحيث كان الجميع عندنا باطلاً لم تكن ثَمَّ فائدة يعتدّ بها في التعرّض إلى ذلك.

وحينئذٍ فيختصّ كلّ منهما بما اكتسبه ولا يشاركه الآخر فيه ﴿نعم، لو عملا معاً لواحد﴾ مثلاً ﴿بأُجرة، ودفع إليهما شيئاً واحداً عوضاً

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المجموع: ج ١٤ ص ٧٢، الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٤٧٩.

(٣) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١١١، حلية العلماء: ج ٥ ص ٩٨ ـ ٩٩، الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٤٧٩، المبسوط (للسرخسي): ج ١١ ص ١٥٤ ـ ١٥٥.

عن أُجرتهما﴾ التي وقعت في عقد استئجارهما على العمل دفعةً ﴿تحقّقت الشركة﴾ حينئذٍ ﴿في ذلك الشيء﴾ .

إلّا أنّها ليست من شركة الأعمال ، بل هي من شركة الأموال ، نحو ما لو آجر كلّ منهما نفسه منفرداً ثمّ أدّى المستأجر إليهما مالاً مشتركاً ، فإنّ الشركة في المال خاصّة قطعاً .

وحينئذٍ فلا إشكال في جوازها ، من غير فرق بين اختلاف عملهما واتّفاقه ، ولا بين علمهما بنسبة أحد العملين إلى الآخر وعدمه ؛ لأنّ الاعتبار في الصفقة بالعلم بعوض المجموع لا الأجزاء ، وأُجرة المجموع هنا معلومة ، فيقسّم عليهما على نسبة العمل ؛ بأن ينسب أُجرة مثل عمل أحدهما إلى أُجرة مثل العملين ويؤخذ من المسمّى بتلك النسبة ، ومع الجهل بالنسبة يحتمل : التساوي والصلح ، كالمالين الممتزجين المجهول قدر كلّ منهما ، والله العالم . ↑ ج ٢٦ / ٢٩٧

﴿ولا﴾ تصحّ أيضاً الشركة ﴿بالوجوه﴾ المفسّرة في الأشهر[1] : باشتراك وجيهين لا مال لهما بعقد لفظي على أنّ ما يبتاعه كلّ واحد منهما يكون بينهما ، فيبتاعان ويبيعان ويؤدّيان الأثمان ، وما فضل فهو لهما .

وقيل[2] : أن يبتاع وجيه في الذمّة ويفوّض بيعه إلى

---

(١) نسبه إلى الأشهر في تذكرة الفقهاء: الشركة / في الماهيّة ج ١٦ ص ٣١٢، ومسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣٠٨، وينظر الشرح الكبير: ج ٥ ص ١٨٤، والحاوي الكبير: ج ٦ ص ٤٧٧.

(٢) التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ١٩٩، العزيز (شرح الوجيز): ج ٥ ص ١٩٢، روضة الطالبين: ←

خامل[١]، ويشترطا أن يكون الربح بينهما.

وقيل[٢]: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلّمه إلى الوجيه والربح بينهما.

وقيل[٣]: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له.

﴿ولا شركة[٤]﴾ عندنا في ﴿المفاوضة[٥]﴾ التي هي اشتراك شخصين فيما يغنمان به من ربح وإرث ولقطة وركاز ... وغير ذلك، ويغرمان من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغير ذلك، مطلقاً فيهما ـ كما عن بعض[٦] ـ أو باستثناء قوت اليوم وثياب البدن والخادم وبذل الخلع والصداق والجناية على الحرّ؛ لعدم الدليل عليها عندنا، بل الإجماع بقسميه على فسادها، كالشركة بالمعنيين الأوّلين.

﴿وإنّما تصحّ﴾ عندنا ﴿بالأموال﴾ بلا خلاف فيه[٧]، بل الإجماع

← ج ٤ ص ٨، وانظر مفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٣٨ ج ٣ ص ٨٥.

(١) الخامل: الساقط الذي لا نباهة له. مجمع البحرين: ج ٥ ص ٣٦٦ (خمل).

(٢) العزيز (شرح الوجيز): ج ٥ ص ١٩٢، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٨.

(٣) كما في قواعد الأحكام: الشركة / في الماهيّة ج ٢ ص ٣٢٥، وانظر الهامش السابق.

(٤) في نسخة المسالك: بشركة.

(٥) في نسخة الشرائع: بالمفاوضة.

(٦) المجموع: ج ١٤ ص ٧٤، حلية العلماء: ج ٥ ص ٩٩ ـ ١٠٠، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١٣٩، تذكرة الفقهاء: الشركة / في الماهيّة ج ١٦ ص ٣١١.

(٧) كما في السرائر: باب الشركة ج ٢ ص ٣٩٩، ومسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣٠٩.

بقسميه[١] أيضاً على الصحّة فيها، وهي المسمّاة بشركة العنان، من عنان الدابّة، أو من «عنّ: إذا ظهر»[٢]، أو من «المعانة: بمعنى المعاوضة[٣]»[٤]؛ لإمكان تقرير وجه المناسبة في الجميع، والأمر فيه سهل وإن أطنبوا فيه، لكن لا ثمرة معتدّ بها فيه.

إنّما الكلام فيما في المسالك؛ فإنّه ـ بعد أن ذكر تفسيرات شركة الوجوه ـ قال: «والكلّ عندنا باطل، خلافاً لابن الجنيد: فإنّه جوّزها بالمعنى الأوّل، ولأبي حنيفة: مطلقاً. وحينئذٍ فإذا أذن أحدهما للآخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء لهما، وكانا شريكين؛ لأنّه بمنزلة التوكيل، وقد اشترى بإذنه فيشترط شروط الوكالة. وإذا كان المال لأحدهما وباع الآخر ـ سواء كان خاملاً أو لا ـ صحّ البيع بوكالة ↑ ج ٢٦ / ٢٩٨
المالك، وللمباشر أُجرة المثل لعمله، ولا شيء له في الربح»[٥].

وكأنّه أخذ ذلك ممّا في جامع المقاصد، قال: «وأمّا شركة الوجوه فإنّ أحدهما إذا اشترى من دون توكيل الآخر له أو مع قصد اختصاصه به فلا حقّ للآخر في الربح، وإن وكّله فاشترى لهما فقد تحقّقت شركة العنان»[٦].

---

(١) ينظر غنية النزوع: في الشركة ص ٢٦٣، وتذكرة الفقهاء: الشركة / في الماهيّة ج ١٦ ص ٣١٢، والتنقيح الرائع: كتاب الشركة ج ٢ ص ٢٠٩، والحدائق الناضرة: الشركة / في حقيقتها ج ٢١ ص ١٦١.

(٢ و ٤) الصحاح: ج ٦ ص ٢١٦٦ (عنن).

(٣) في الصحاح بدلها: المعارضة.

(٥) انظره قبل ثلاثة هوامش.

(٦) جامع المقاصد: الشركة / في الماهيّة ج ٨ ص ١٣.

كما أنّه قبل ذلك ـ بعد أن ذكر الإجماع على بطلان ما عدا شركة العنان من الأقسام الثلاثة ـ قال : «والمراد ببطلانها عدم ترتّب آثارها عليها ، أمّا شركة الأبدان : فلأنّهما إن عملا كان لكلّ منهما أُجرة عمله إن تميّز ، قليلةً كانت أو كثيرةً . ومع الاشتباه فسيأتي أنّ الأصحّ الصلح ، وإن كان ـ مع ذلك ـ فيه معنى شركة العنان ؛ لامتزاج المالين . وإن عمل أحدهما فلا شيء للآخر في أُجرة عمله» .

«وأمّا شركة المفاوضة : فلأنّ كلّ ما انفرد به أحد الشريكين ـ من تجدّد مال أو ثبوت غرم ـ فهو مختصّ به . ولو كان في مال أحدهما المجدّد من جنسه مال للآخر فسدت شركة المفاوضة وانقلبت إلى شركة العنان»[1] .

قلت : محلّ البحث بين الأصحاب ومن أجاز ذلك من العامّة : مشروعيّة عقد شركة على أحد الوجوه الثلاثة على حسب شركة العنان وعدمه . واتّفاق مصداق من مصاديقها مع مصداق الوكالة لا يقضي بجوازها مع فرض عدم قصد الوكالة وعدم إرادتها ، وإنّما المراد : عقد شركة على هذا الوجه الذي يصحّ أن يكون مورداً للوكالة لو قصدت به .

ومن ذلك يظهر لك ما في المحكي عن الأردبيلي ، فإنّه ـ بعد أن حكى عن التذكرة بطلان شركة الأبدان عندنا ، سواء اتّفق عملهما أو

(١) المصدر السابق.

اختلف، وسواء كانت الصنعة البدنيّة في مالٍ مملوكٍ أو في تحصيل مباح كالاصطياد والاحتشاش ـ قال: «ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو وإلّا فلا مانع، فإنّه يرجع إلى الوكالة في بعض الأُمور وتمليك مال في البعض الآخر وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض، ولا مانع منه في العقل والشرع؛ ولهذا جوّز بعضَ أقسامها بعضُ العامّة»[١].

ثمّ نقل عنه أيضاً: أنّ شركة المفاوضة عندنا باطلة وليس لها أصل، وبه قال الشافعي ومالك[٢]. ج ٢٦ / ٢٩٩

ثمّ نقل عنه أيضاً في شركة الوجوه أنّها عندنا باطلة وبه قال الشافعي ومالك. ثمّ قال: «والبحث فيها مثل ما تقدّم، فتأمّل»[٣].

وفيه: ما لا يخفى عليك من الخروج عن محلّ النزاع إذا فرض كون المقصود لهما المعنى الصحيح وإن سمّوه باسم الفاسد، ومن البطلان إذا أراد تأثير عقد الشركة ـ الذي أوقعاه ـ ذلك وإن اتّفق في بعض الأحوال اتّحاد مصداقه مع مصداق مفهوم الصحيح، الذي لم يكن مقصوداً لهما، بل به يظهر فساد ما وقع ممّن جوّزها من العامّة[٤]، معلّلاً: برجوعها إلى الوكالة أو نحوها ممّا هو صحيح؛ إذ قد عرفت حقيقة الحال، والله العالم.

﴿ويتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساويه﴾ أي

(١ ـ ٣) مجمع الفائدة والبرهان: الشركة / البحث الأوّل ج ١٠ ص ١٩٣.

(٤) بداية المجتهد: ج ٢ ص ٢٥٣، المجموع: ج ١٤ ص ٧٤.

المشترك بينهما، بأن كان لكلٍّ منهما نصفه ﴿ولو كان لأحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس ماله، وكذا عليه من الخسارة﴾.

بلا خلاف في شيء من ذلك[١] مع اتّفاقهما في العمل أو اختلافهما فيه، بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، والسنّة مستفيضة أو متواترة فيه[٣]، مضافاً إلى اقتضاء أُصول المذهب وقواعده في المشاع ذلك، بل هو مقتضى الأُصول العقليّة أيضاً.

وما عن بعض العامّة: من منع الشركة مع عدم استواء المالين في القدر وفرض اتّفاقهما في العمل؛ قياساً على ما لو اختلفا في الربح واتّفقا في المال[٤].

مدفوع: بأنّ المعتبر في الربح: المال، والعمل تابع فلا يضرّ اختلافه، كما يجوز مع استوائهما في المال عند الكلّ ﴿و﴾ إن عمل أحدهما أكثر.

إنّما الكلام فيما ﴿لو شرط لأحدهما﴾ في عقد الشركة ﴿زيادة في الربح مع تساوي المالين، أو التساوي في الربح والخسران مع

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الشركة / في حقيقتها ج ٢١ ص ١٦٣، ورياض المسائل: كتاب الشركة ج ٩ ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤.

(٢) ينظر الخلاف: الشركة / مسألة ٩ ج ٣ ص ٣٣٢ ـ ٣٣٣، وغنية النزوع: في الشركة ص ٢٦٤، وتحريرالأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٢٨.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من كتاب الشركة ج ١٩ ص ٥.

(٤) الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٤٧٧، المهذّب (للشيرازي): ج ١ ص ٣٥٢، حلية العلماء: ج ٥ ص ٩٥، المجموع: ج ١٤ ص ٦٩.

تفاوت المالين﴾ مع عدم مقابلة ذلك بعمل، فـ:

﴿قيل﴾ والقائل الشيخ[١] وابنا إدريس[٢] وزهرة[٣] والقاضي[٤] وجماعة[٥] ـ بل عن السيّد منهم: الإجماع عليه[٦]، كما عن ابن إدريس: نسبته إلى الأكثر[٧] ـ: ﴿تبطل الشركة؛ أعني الشرط والتصرّف الموقوف عليه، ويأخذ كلّ واحد منهما ربح ماله، ولكلّ منهما اُجرة مثل عمله، بعد وضع ما قابل عمله في ماله﴾.

﴿وقيل﴾ والقائل المرتضى[٨] والفاضل[٩] ووالده[١٠] وولده[١١]: ↑ ج ٢٦ ٣٠٠
﴿تصحّ الشركة والشرط﴾ بل عن الأوّل منهم: دعوى الإجماع عليه.

وقيل ـ والقائل أبو الصلاح في المحكي عنه ـ: تصحّ الشركة دون

---

(١) المبسوط: كتاب الشركة ج ٢ ص ٣٤٩، الخلاف: الشركة / مسألة ٩ ج ٣ ص ٣٣٢.

(٢) السرائر: باب الشركة ج ٢ ص ٤٠٠.

(٣) غنية النزوع: في الشركة ص ٢٦٤.

(٤) يظهر ذلك من جواهر الفقه: مسألة ٢٧٤ ص ٧٣.

(٥) كالكركي في جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٢٥، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الشركة ج ٤ ص ٢٠١.

(٦) انظر «الغنية» قبل عدّة هوامش.

(٧) انظر «السرائر» قبل عدّة هوامش.

(٨) الانتصار: مسألة ٢٦٥ ص ٤٧٠ ـ ٤٧١.

(٩) مختلف الشيعة: الإجارة / في الشركة ج ٦ ص ٢٣١، تذكرة الفقهاء: الشركة / في الأحكام ج ١٦ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣، تحريرالأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٢٨ ـ ٢٢٩، تبصرة المتعلّمين: الإجارة / في الشركة ص ١٠٣.

(١٠) حكاه عنه ولده: (انظر المختلف في الهامش السابق).

(١١) إيضاح الفوائد: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٠١.

الشرط، الذي هو إنّما يفيد الإباحة لها لا ملكها، فيجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية[١].

﴿و[٢]الأوّل أظهر﴾ عند المصنّف وجماعة ممّن تأخّر عنه[٣]؛ لأنّه أكل مال بالباطل، باعتبار عدم مقابلة الزيادة لعوض؛ لكون الفرض أنّها ليست في مقابل عمل، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضمّ إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملّكها عقد هبة، والأسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا أحدها، ولا هو إباحة للزيادة؛ إذ المشروط تملّكها بحيث يستحقّها المشروط له، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملّك شخصٍ مالَ غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابّة ليحمل عليها والحاصل لهما، فيكون باطلاً، فيبطل العقد المتضمّن له؛ إذ لم يقع التراضي بالشركة والإذن في التصرّف إلّا على ذلك التقدير.

فلا يندرج في قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»[٤]، ولا في قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[٥]، خصوصاً مع الجواز في عقد الشركة المنافي للّزوم المستفاد من الآية والرواية.

وأمّا عدم اندراجه في قوله تعالى: «إلّا أن تكون تجارةً عن

---

(١) الكافي في الفقه: في الشركة ص ٣٤٣.

(٢) ساقطة من نسخة الشرائع.

(٣) انظر هامش (٥) من الصفحة السابقة.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) تقدّم في ص ٢٣٩.

تراضٍ»[١] فظاهر ؛ إذ الشركة ليست من التجارة في شيء ، إذ هي مقابلة مال بمال ، وهذا الشرط ليس تجارة أيضاً ؛ لعدم تضمّنه معاوضة . ومجرّد التراضي غير كافٍ في اللزوم ، بل غايته الإباحة ، ولا كلام في الجواز بها ، ولكنّه غير مفروض المسألة ؛ لعدم استناده إلى عقد الشركة ، ومع ذلك الإباحة في صورة جهلهما بفساد الشرط محلّ مناقشة ، بل منع .

نعم ، لو شرط ذلك للعامل تحقّقت التجارة حينئذٍ ؛ لأنّ العمل مال ، فهو في معنى القراض ، كما نبّه عليه المصنّف بقوله : ﴿هذا إذا عملا في المال، أمّا لو كان العامل أحدهما وشرطت الزيادة للعامل صحّ وكان[٢] بالقراض أشبه﴾ بل لا خلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة[٣] ، بل ولا في جوازه مع العمل منهما أيضاً وشرطت الزيادة لمن زاد عمله على الآخر ، وإن كان ظاهر العبارة يوهم خلافه .

وبذلك كلّه ظهر لك دليل القولين الأخيرين وفساده ؛ حتّى الإجماع المحكي للثاني منهما ، المعارض بإجماع ابن زهرة المعتضد بالنسبة إلى الأكثر وبما سمعت .

ولكن مع ذلك للنظر في جميع ما عرفت مجال ؛ وذلك لأنّ الاتّفاق

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: ويكون.

(٣) كالسبزواري في الكفاية: كتاب الشركة ج ١ ص ٦٢٠، والبحراني في الحدائق: الشركة / في حقيقتها ج ٢١ ص ١٦٤، والطباطبائي في الرياض: كتاب الشركة ج ٩ ص ٣٢٦.

ج ٢٦ ٣٠١ على الجواز في الصورتين المزبورتين ليس هو إلّا للشرط المزبور ؛ إذ ليس ذلك قراضاً قطعاً ، لعدم قصده أوّلاً ، وعدم تماميّته في الصورة الثانية منهما ثانياً ، وعدم اعتبار ما يعتبر في القراض ـ من كونه نقداً ـ في الصحّة هنا ثالثاً .

فليس حينئذٍ إلّا الشرط المزبور ، وهو كما أنّه قابل للتمليك في مقابلة العمل أو زيادته قابل للتمليك مجّاناً ، المتحقّق شرعاً بالهبة وغيرها ، فلا يكون الأكل به حينئذٍ أكلاً بالباطل ، بل هو بالسبب الصحيح الشرعي الذي هو الشرط وأحد الأسباب المملّكة .

ودعوى : كونه في مثل هذا العقد ـ الذي مفاده الإذن خاصّة ـ لا يفيد ملكاً ؛ إذ هو كعقد العارية . يدفعها : أنّه كذلك مع اشتراطها للعامل خاصّة .

كما أنّ دعوى كون عقد الشركة من الجائز ـ فلا تشمله الآية ولا الرواية ـ مشترك الإلزام ، ومبنيّ أيضاً على أنّ المراد من عقدها ـ المشترط فيه ذلك ـ إنّما هو العقد المشتمل على الإذن في التصرّف ، لا عقد إنشاء الشركة الذي قدّمناه سابقاً ، فإنّه لازم لا ينافيه بطلان الشركة بالقسمة ، كما لا ينافي لزوم البيع الإقالة .

وأمّا منع كونه تجارة عن تراضٍ ـ بمعنى : تكسّب ولو لأحدهما بالطريق المزبور ـ فواضح المنع ، هذا .

مع أنّه قد يقال ـ في صورة تساويهما في العمل وشرطت الزيادة لأحدهما ، أو اختلافهما وشرطت لأدناهما ـ بالصحّة بناءً على

ما ذكروه ؛ لمقابلتها حينئذٍ بالعمل ممّن اشترطت له ، وأمّا الآخر فهو متبرّع بعمله لم يرد في مقابلته شيء ؛ إذ لا امتناع في أن يعملا أحدهما بعوض والآخر بلا عوض .

هذا كلّه مماشاةً مع الخصم ، وإلّا فالمتّجه الصحّة مطلقاً حتّى إذا لم يعملا ، بل نما المال في نفسه .

فما في القواعد من اشتراط الصحّة بذلك ـ قال : «ولو شرط التفاوت مع تساوي المالين ، أو التساوي مع تفاوته ، فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما ، سواء شرطت الزيادة له أو للآخر»[1] ـ في غير محلّه ؛ ضرورة انحصار السبب في استحقاق الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقّق في الصورتين ، كما هو واضح .

وبذلك كلّه ظهر لك ما في كلام جملة من الأصحاب ، كالكركي ↑ ج ٢٦ / ٣٠٢
وثاني الشهيدين وأتباعهما ، فلاحظ وتأمّل .

مضافاً : إلى ما عساه يستفاد من بعض النصوص المتقدّمة في كتاب الصلح[2] ، الدالّة على جواز اشتراط رأس المال لأحد الشريكين وللآخر الربح وعليه الخسران التي قد سمعت تفصيل الكلام فيها . وإلى بعض النصوص المتضمّنة للمشاركة في الجارية على أن يكون الشريك شريكاً في الربح دون الخسران[3] ، وإن حملها بعض الناس

---

(١) قواعد الأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٢٧.

(٢) في ص ٤٣٩ ـ ٤٤٠.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الشركة ح ٢ ج ١٩ ص ٩.

على معنى آخر[١].

بقي الكلام: فيما ذكره المصنّف وغيره[٢] من قسمة الربح على المالين بناءً على البطلان؛ إذ هو غير تامّ بناءً على اقتضائه بطلان عقد الشركة بمعنى الإذن؛ لصيرورة التصرّف حينئذٍ فضوليّاً فلا ربح، نعم هو كذلك مع فرض الإجازة. اللّهمّ إلّا أن يراد ربح ما حصل من التصرّف من كلّ منهما في ماله.

وأمّا الأُجرة لكلّ منهما عوض عمله في المال بنقل ونحوه، فالوجه فيها: احترام عمل المسلم، وإقدام المتبرّع منهما بزعم صحّة العقد، فمع فرض بطلانها لم يكن منه تبرّع.

لكن قد يقال بمنع الأُجرة مع ذلك؛ لأصالة البراءة. نعم، هو كذلك بالنسبة إلى من شرطت الزيادة له؛ باعتبار صيرورته كالقراض الفاسد، فإنّ العامل يستحقّ الأُجرة فيه لأنّ «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[٣] فكذا هنا.

أمّا من لم يشترط لعمله شيء فهو في حكم المتبرّع على تقديري الصحّة والفساد. اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الشريك كذلك مع فرض صحّة عقد الشركة المقتضي لذلك، لا مع فساده؛ إذ هو حينئذٍ عمل وقع من

---

(١) تذكرة الفقهاء: البيع / بيع الحيوان ج ١٠ ص ٣٤٣.

(٢) كابن إدريس في السرائر: باب الشركة ج ٢ ص ٤٠١، والسبزواري في الكفاية: كتاب الشركة ج ١ ص ٦٢٠.

(٣) انظر إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٧، وجامع المقاصد: ج ٥ ص ١٣٢، ومسالك الأفهام: ج ٣ ص ١٥٤، ومجمع الفائدة والبرهان: ج ٨ ص ١٩٢.

المسلم لا عوض له بزعم صحّة الشركة ، فمع بيان فسادها يبقى مضموناً على من وصل إليه .

وكشف الحال في أصل المسألة : أنّ ظاهرهم عدم رجوع أحد منهم على الآخر بأُجرة عمله مع حصول عقد الشركة منهما ، بناءً منهم على أنّ مقتضى عقد الشركة ذلك ، بل لعلّ ظاهرهم ذلك في صورة وقوع ↑ ج ٢٦ / ٣٠٣
العمل من أحدهما أيضاً .

وإن كان قد يناقش في أصل اقتضاء عقد الشركة ذلك بناءً على ثبوته بالمعنى المزبور ، أمّا على تقدير عدمه فالمتّجه حينئذٍ ثبوتها ؛ لقاعدة احترام عمل المسلم الواقع بإذن من عمل له .

كما أنّ المتّجه ذلك أيضاً لو وقع العمل بزعم صحّة عقد الشركة المقتضي لمجّانيّة العمل ، فمع بيان فساده يتّجه الأُجرة ؛ للقاعدة المزبورة أيضاً .

اللّهمّ إلّا أن تكون معارضة بقاعدة : «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» . مع إمكان منع ذلك هنا ؛ بأن يقال : إنّ عدم الأُجرة في الفرض إنّما هو لظهور التبرّع منهما ، لا أنّه من مقتضيات عقد الشركة ؛ كي يتّجه إتيان القاعدة .

نعم ، قد عرفت النظر في أصل ثبوت هذا العقد عندنا ، فضلاً عن دعوى اقتضائه التبرّع بذاته .

وربّما يؤيّده قول المصنّف هنا : «أعني الشرط والتصرّف» ،

كالمحكي عن أوّل الشهيدين[١] وفخر المحقّقين[٢] من أنّ «المراد من البطلان هنا بطلان الإذن ؛ لأنّ الشركة العنانيّة الحاصلة بالمزج مع العقد لا توصف بالصحّة والبطلان ، لعدم إمكان وقوعها على وجهين» .

وإن نظر فيه في المسالك ـ تبعاً لجامع المقاصد[٣] ـ بـ «أنّ الشركة العنانيّة بالمعنى الذي ذكرناه ـ أي كونه عقداً ثمرته الإذن في التصرّف ـ توصف بالصحّة والبطلان ، بل ليس الغرض من الشركة في الأموال إلّا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه» .

«اللّهمّ إلّا أن يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المزبور هي العنانيّة ، كما يظهر من التذكرة أنّها مركّبة من مزج المالين والعقد» .

«لكن يشكل : بأنّها إذا لم تكن شركة فهي أحد الأقسام الأُخر ؛ لاتّفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان وانحصار مطلق الشركة في المذكورات ، وغاية ما ينزّل أنّها تطلق على المعنيين معاً ، لكنّها في الثاني أظهر»[٤] .

قلت : لكن قد عرفت فيما تقدّم فساده ـ إن لم يكن إجماعاً ـ بما لا مزيد عليه ، كما أنّك قد عرفت هنا وصف الشركة العنانيّة بالمعنى الذي ذكرناه بالصحّة والفساد ، وأنّ صحيحها مقتضٍ للملك على الإشاعة في نفس الأمر ، بخلاف فاسدها ، فإنّها إشاعة في الظاهر

---

(١) غاية المراد: كتاب الشركة ج ٢ ص ٣٥١.

(٢) إيضاح الفوائد: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٠٢.

(٣) جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٢٧.

(٤) مسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣١٣.

لا الواقع، فتأمّل جيّداً.

﴿وإذا اشترك المال﴾ بأحد أسبابه السابقة عدا ما كان بالعقد ↑
منها بناءً على اقتضائه الإذن ﴿لم يجز لأحد الشركاء التصرّف فيه ج٢٦/٣٠٤
إلّا مع إذن الباقين﴾ لحرمة التصرّف في مال الغير بغير إذنه. ومجرّد اشتراك المال لا يدلّ عليها وإن كان بالمزج الاختياري المراد به حصول الشركة.

﴿فإن حصل الإذن﴾ منهم ﴿لأحدهم تصرَّف هو دون الباقين﴾ لحصولها بالنسبة إليه دونهم ﴿و﴾ لكن ﴿يقتصر من التصرّف على ما أُذن له﴾ فيه.

﴿فإن أُطلق له الإذن﴾ في التصرّف جاز؛ لأنّ الإطلاق في ذلك غير منافٍ لعدم الغرر فيه، و﴿تصرّف كيف شاء﴾ من وجوه التجارة والاسترباح الغالبة المنزّل عليها الإطلاق.

لكن في جامع المقاصد[1] والمسالك[2]: تقييد ذلك بالمصلحة كالوكيل المطلق، فيتصرّف حينئذٍ معها ببيع وشراء ـ مرابحةً ومساومةً وتوليةً ومواضعةً ـ وقبض وإقباض وحوالة واحتيال وردّ بالعيب ... ونحو ذلك.

نعم، يقوى عدم جواز السفر له بالمال؛ لما فيه من الخطر المانع من الحكم بتناول الإذن له فيه، بل في جامع المقاصد: «وكذا لا يجوز

---

(١) المصدر قبل السابق: ص ٢٢.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٣١٤.

مكاتبة عبد الشركة ولا إعتاقه على مال ولا تزويجه ولا المحاباة بمال الشركة ولا إقراضه ولا المضاربة ونحوه؛ لأنّ ذلك كلّه ليس من توابع التجارة الغالبة ـ أي المنزّل عليها الإطلاق ـ نعم، لو اقتضت المصلحة شيئاً من ذلك ولم يتيسّر استئذان الشريك جاز فعله»[1].

قلت: لا حظّ للفقيه في حصر أنواع التصرّف المستفاد من الإطلاق جواز فعلها للمأذون؛ ضرورة الاختلاف في ذلك زماناً ومكاناً وحالاً. إنّما الكلام:

في اعتبار المصلحة في الجواز، أو يكفي فيه عدم المفسدة؟ وجهان، لا يخلو ثانيهما من قوّة.

وفيما ذكره من جواز فعل ما لم يتناوله الإطلاق مع اقتضاء المصلحة وعدم تيسّر إذن الشريك؛ ضرورة عدم كفايتها مع فرض عدم تناول الإطلاق. ودعوى: شموله لها معها، منافية لاعتبار عدم تيسّر إذن الشريك؛ ضرورة الجواز حينئذٍ بدونها وإن تيسّرت.

فالمتّجه حينئذٍ: الحكم بفضوليّة كلّ ما لم يشمله الإطلاق سواء كان فيه مصلحة أو لا، إلّا ما يرجع منه إلى حكم الأمين من حيث كونه أميناً، والله العالم.

﴿ولو[2] عيّن له السفر في جهة لم يجز له الأخذ في غيرها، أو

---

(١) الهامش قبل السابق.

(٢) في نسخة الشرائع: وإن.

ج ٢٦ / ٣٠٥

نوعاً[1] من التجارة لم يتعدّ إلى سواها﴾ سواء نهاه عن غيرهما أم لا؛ لأنّ عدم الإذن كافٍ في عدم الجواز.

لكن لو خالف في جهة السفر ضمن وصحّت التجارة؛ لعدم بطلان الإذن بذلك، اللّهمّ إلّا أن يفرض تقييدها به، فيكون فضوليّاً حينئذٍ، كما أنّه لو خالف في نوع التجارة كان كذلك أيضاً.

ويضمن أيضاً لو عيّن غايةً للجهة التي قد أذن بالسفر إليها فتجاوزها في تلك الجهة. إلّا أنّ الظاهر كون الضمان فيها وفيما شابه ذلك إنّما هو لو تلف بما لم يأذن له فيه أو بغيره ممّا تضمن به الأمانة مع التعدّي فيها، ولا ينافي ذلك بقاء الإذن في التصرّف.

أمّا لو خسر ـ مثلاً ـ فيما هو مأذون فيه فلا ضمان على الظاهر؛ للأصل.

﴿و﴾ على كلّ حال، فقد ظهر لك أنّه ﴿لو أذن كلّ واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرّف وإن انفردا﴾ لإطلاق الإذن ﴿و﴾ عدم ما يدلّ على تقييدها بذلك. نعم ﴿لو شرطا الاجتماع لم يجز الانفراد﴾ الذي لم يؤذن فيه ﴿ولو تعدّى المتصرّف ما حدّ له ضمن﴾ لقاعدة اليد وغيرها، من غير فرق في التعدّي بين أن يكون لعدم تناول إطلاق الإذن أو لمخالفة خصوص ما نصّ عليه، وفي المحدود بين أن يكون نوع التجارة وزمانها ومكانها وغير ذلك.

﴿ولكلّ من الشركاء الرجوع في الإذن﴾ الذي هو كالتوكيل

(١) في نسخة الشرائع: نوع.

﴿والمطالبة بالقسمة؛ لأنّها غير لازمة﴾ على وجهٍ يجب الاستدامة عليها؛ إذ «الناس مسلّطون على أموالهم»[١] بأنواع التسلّط الذي منه: إفرازه عن غيره.

وفي المسالك جعل ذلك من المصنّف إشارة إلى معنيي الشركة، فإلى الثانية ـ التي هي العقد ـ بقوله أوّلاً: «ولكلٍّ ...» إلى آخره، وإلى الاُولى ـ التي هي من الأحكام ـ بقوله: «والمطالبة ...» إلى آخره، وهي غير لازمة بمعنييها. ثمّ قال: «والأنسب في قوله: (غير لازمة) أن يكون إشارة إلى الثانية؛ لأنّ الموصوف بالجواز واللزوم هو العقد»[٢].

قلت: لا يخفى على كلّ ناظر لكلام المصنّف وغيره ممّن ذكر نحو ذلك أنّه لا شركة عنده بالمعنى الذي أثبتها هو؛ ضرورة صراحة كلامهم في أنّ ذلك كلّه من أحكام الإذن التي هي ليست من العقود قطعاً، نحو الإذن في دخول الدار وأكل الطعام، بل لو جعلت عقداً ↑ فليست إلّا وكالة لا شركة. نعم، بناءً على ما ذكرناه من العقديّة يراد ج ٢٦ / ٣٠٦ بجوازها: عدم وجوب الاستدامة عليها وإبطال كونها شركة بالقسمة، كما هو واضح، هذا.

ولكن ينبغي أن يعلم: أنّه بناءً على ثبوت عقد الشركة للآذن في التصرّف، يتّجه انفساخه بقول أحدهما: «فسخت الشركة» لأنّه عقد جائز، فيرتفع العقد حينئذٍ من أصله بذلك. بخلاف ما لو قال

(١) تقدّم في ص ٣٦٤.

(٢) مسالك الأفهام: الشركة / في أقسامها ج ٤ ص ٣١٥ ـ ٣١٦.

أحدهما للآخر: «عزلتك» فإنّها لا تنفسخ بذلك وإن انعزل المعزول بذلك، إلّا أنّ العازل يبقى على الإذن له في التصرّف؛ لاشتمال الشركة على ما هو كالوكالتين، ووقوع العزل عن إحداهما لا يقتضي العزل عن الأُخرى.

ولعلّه إلى ذلك أشار في التذكرة بالفرق بين قول أحدهما: «فسخت العقد» وقوله: «عزلتك»[1].

فما وقع من بعضهم[2] من التأمّل ـ زاعماً عدم الفرق بينهما ـ في غير محلّه؛ وذلك لوضوح الفرق، باعتبار اقتضاء الفسخ رفع العقد من أصله، بخلاف العزل ونحوه الذي هو كالمانع من اقتضاء العقد أثره. وكذا لو وقع المنع عن التصرّف لم يحتج إلى عقد جديد للشركة، بخلاف ما لو فسخه، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿وليس لأحدهما المطالبة بإقامة رأس المال، بل يقتسمان العين الموجودة ما لم يتّفقا على البيع﴾ لعدم تسلّط أحدهما على الآخر بالإقامة المزبورة بوجهٍ من الوجوه، كما هو واضح.

﴿ولو شرطا التأجيل في الشركة لم يصحّ﴾ على وجهٍ يترتّب عليه أثره، بحيث يكون لازماً ﴿و﴾ ليس لأحدهما فسخها قبله، بل ﴿لكلّ منهما أن يرجع متى شاء﴾ لأنّها عقد جائز، فلا يلزم مثل هذا الشرط فيه.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشركة / في الأحكام ج ١٦ ص ٣٤٩.

(٢) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الشركة / البحث الأوّل ج ١٠ ص ٢٠٢.

نعم، في المسالك: «يترتّب على الشرط المزبور: عدم جواز تصرّفهما بعده إلّا بإذن مستأنف؛ لعدم تناول الإذن له، فلشرط الأجل أثر في الجملة»[1].

قلت: كأنّه أخذ ذلك ممّا في المختلف، قال: «قال الشيخان: الشركة بالتأجيل باطلة، والظاهر أنّ مرادهما ليس البطلان من رأس، بل عدم اللزوم، ولهذا قال المفيد عقيب ذلك: ولكلّ واحد من الشريكين فراق صاحبه أيّ وقت شاء».

«وقال أبو الصلاح: ولا تأثير للتأجيل في عقد الشركة، ولكلّ شريك مفارقة شريكه أيّ وقت شاء وإن كانت مؤجّلة. والعبارتان رديئتان». ↑ ج ٢٦ / ٣٠٧

«والتحقيق: أنّ للتأجيل أثراً؛ وهو منع كلّ منهما عن التصرّف بعده إلّا بإذن مستأنف، وإن لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة؛ إذ لكلّ منهما الفسخ قبل الأجل»[2] انتهى.

ولا يخفى عليك أنّ الأمر كما ذكراه في اشتراط الأجل في عقد الشركة، الذي هو بمعنى الإذن في التصرّف الراجع إلى الوكالة.

أمّا إذا كان اشتراطه في عقد الشركة على المعنى الذي ذكرناه، فلا ريب في بطلانه ـ بمعنى عدم الأثر له أصلاً ـ إن أُريد به الغاية للملك الحاصل بالعقد المزبور، ولا يجب الوفاء به إن أُريد به الالتزام ببقائها

---

(١) انظر «المسالك» المتقدّم آنفاً: ص ٣١٦.

(٢) مختلف الشيعة: الإجارة / في الشركة ج ٦ ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨.

إليه ؛ لما عرفت من الإجماع على كونها عقداً جائزاً بالنسبة إلى فسخها بالقسمة ، فلا يلزم الشرط المزبور فيها . ولعلّ حمل كلام الشيخين وأبي الصلاح ـ بل والمصنّف ـ على ذلك أولى .

ولو قيل : إنّ بطلانه على المعنى الأوّل يقتضي بطلان الشركة أيضاً ، قلنا : هو كذلك ، ولكن لمّا كان الامتزاج على أيّ وجهٍ وقع يؤثّر الشركة ـ ولو في الظاهر ـ لم يكن للحكم ببطلانها وجه إلّا ما سمعته ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ، فلا خلاف ولا إشكال في أنّه ﴿لا يضمن الشريك ما تلف﴾ من مال الشركة الذي ﴿في يده﴾ بإذن الشريك ، من غير تعدٍّ ولا تفريط ﴿لأنّه أمانة﴾ ومن المعلوم نصّاً وفتوى أنّها لا تضمن ﴿إلّا مع التعدّي أو التفريط في الاحتفاظ، و﴾ أنّه ﴿يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف، سواء ادّعى سبباً ظاهراً كالغرق والحرق[1]، أو خفيّاً كالسرقة﴾ لإطلاق الأدلّة . خلافاً لبعض العامّة : فأوجب البيّنة في الأوّل[2] .

﴿وكذا﴾ من المعلوم أيضاً بلا خلاف[3] ولا إشكال أنّ ﴿القول قوله مع يمينه لو ادّعى عليه الخيانة أو التفريط﴾ لكونه منكراً ، و«البيّنة

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: كالحرق والغرق.

(٢) المجموع: ج ١٤ ص ٨١، المهذّب (للشيرازي): ج ١ ص ٣٥٤، العزيز (شرح الوجيز): ج ٥ ص ١٩٨.

(٣) كما في رياض المسائل: كتاب الشركة ج ٩ ص ٣٢٩.

على المدّعي واليمين على من أنكر»(١).

﴿ويبطل الإذن بالجنون والموت﴾ والإغماء ... وغيرها ممّا تبطل به العقود الجائزة؛ كالحجر لسفه أو فلس ... وغير ذلك، بخلاف أصل الشركة، فإنّها لا تبطل بشيء من ذلك. نعم، ينتقل أمر القسمة إلى الوارث أو الولي أو غيرهما، كما هو واضح. ج ٢٦ / ٣٠٨

الفصل ﴿الثاني: في القسمة﴾

﴿وهي تمييز(٢) الحقّ﴾ لكلّ شريك ﴿من غيره﴾.

﴿و﴾ لا ريب في أنّها أمر برأسه ﴿ليست بيعاً﴾ ولا صلحاً ولا غيرهما ﴿سواء كان فيها ردّ أو لم يكن﴾ كما لا خلاف أجده فيه(٣)، بل ولا إشكال؛ ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد على مفهومها في صحّتها، كضرورة اختلافها مع البيع والصلح وغيرهما في اللوازم والأحكام المقتضية لاختلاف الملزومات.

وحينئذٍ فلا شفعة فيها، ولا خيار مجلس، ولا بطلان بالتفرّق قبل القبض فيما يعتبر فيه في البيع ﴿و﴾ لا غير ذلك. خلافاً لبعض العامّة(٤).

---

(١) تقدّم في ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦.

(٢) في نسخة الشرائع: تميّز.

(٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الشركة / في القسمة ج ١٠ ص ٢١٠، والحدائق الناضرة: الشركة / في القسمة ج ٢١ ص ١٦٩.

(٤) المغني (لابن قدامة): ج ١١ ص ٤٩١، مغني المحتاج: ج ٤ ص ٤٢٤.

نعم، هي ﴿لا تصحّ﴾ في غير قسمة الإجبار ﴿إلّا باتّفاق الشركاء﴾ بلا خلاف أيضاً ولا إشكال؛ للأصل، بل الأُصول.

﴿ثمّ هي﴾ بالنسبة إلى الإجبار عليها ـ مع طلب أحد الشركاء ـ وعدمه ﴿تنقسم﴾ قسمين:

﴿فكلّ ما لا ضرر في قسمته﴾ على أحد الشركاء ولو من جهة الاحتياج إلى ردّ ﴿يجبر الممتنع مع التماس الشريك﴾ أو وليّه ﴿القسمة﴾ بلا خلاف أجده فيه[1] أيضاً، بل الظاهر الاتّفاق عليه[2]. ولعلّه العمدة بعد قاعدة وجوب إيصال الحقّ إلى مستحقّه مع عدم الضرر والضرار.

﴿ويكون[3]﴾ الاقتسام ﴿بتعديل السهام﴾ بالأجزاء إن كانت في متساويها ـ كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عدّاً ـ بعدد الأنصباء، أو بالقيمة إن اختلفت كالأرض والحيوان ﴿والقرعة﴾ بأن يكتب أسماء الشركاء أو السهام كلّ في رقعة، وتصان، ويؤمر من لم يطّلع على الحال بإخراج إحداها على اسم أحد المتقاسمين أو أحد السهام.

هذا إن اتّفقت السهام قدراً، ولو اختلفت قسّم على أقلّ السهام وجعل لها أوّل يعيّنه المتقاسمون وإلّا الحاكم، وتكتب أسماؤهم لا أسماء السهام؛ حذراً من التفريق، فمن خرج اسمه أوّلاً أخذ من

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الشركة / في القسمة ج ٤ ص ٣١٩.

(٢) كما في كشف اللثام: القضاء / في القسمة ج ١٠ ص ١٦٤، ومفتاح الكرامة: القضاء / في القسمة ج ١٠ ص ١٩٢ (طبعة آل البيت).

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: وتكون.

الأوّل وأكمل نصيبه منها على الترتيب، ثمّ يخرج الثاني إن كانوا أكثر من اثنين ... وهكذا.

وبذلك تتمّ القسمة من غير حاجة إلى شيء آخر ـ من رضا بعده
ج ٢٦ / ٣٠٩ وغيره ـ في قسمة الإجبار وغيرها، بل ولا في قسمة الردّ إذا كان القاسم في الجميع منصوباً من الإمام. أمّا إذا كانت من غيره ولو منصوباً منهما، فالمشهور ـ على ما قيل[1] ـ الاحتياج إلى رضا بعد القرعة، خصوصاً في قسمة الردّ؛ لاشتمالها على المعاوضة المتوقّفة على ما يدلّ على الرضا بذلك.

وقد يشكل أوّلاً: بالاكتفاء بالرضا بالقرعة.

وثانياً: بفحوى الاكتفاء بها في قسمة الإجبار وفيما إذا كان القاسم منصوباً من الإمام، مع أنّها في الجميع كالمعاوضة التي يدّعيها الخصم.

وثالثاً: بما دلّ من نصوص القرعة على كونها مميّزة للحقّ ومشخّصة له وملزمة به[2]، بل لعلّ ذلك هو حكمة مشروعيّتها، وبذلك يخرج عن أصالة بقاء المال على الإشاعة.

إنّما الكلام في اعتبارها في القسمة، كما عن ظاهر كثير أو الجميع[3]. نعم، عن الأردبيلي[4]: الاكتفاء بالرضا[5] من الشركاء بأخذ

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الشركة / في القسمة ج ٢١ ص ١٧٣.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٣ من أبواب كيفيّة الحكم ج ٢٧ ص ٢٥٧.

(٣) كابن سعيد في الجامع للشرائع: القضاء / كيفيّة الاستحلاف ص ٥٣١، والعلّامة في التحرير: الشركة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٣٩، والشهيد في الدروس: كتاب القسمة ج ٢ ص ١١٧.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الشركة / في القسمة ج ١٠ ص ٢١٥.

(٥) في بعض النسخ بعدها إضافة: من كلّ.

سهم؛ لعموم: «تسلّط الناس على أموالهم»(١)، ولأنّه من التجارة عن تراضٍ وأكل مال الغير بطيب نفسه، وفحوى قوله عليه السلام ـ في رجلين لم يدر كلّ منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما: لك ما عندك ولي ما عندي؟ ـ: «لا بأس إذا تراضيا وطابت أنفسهما»(٢).

ثمّ قال: «وإن لم يكن ملكاً(٣) فلا كلام في جواز التصرّف فيه تصرّف الملّاك، مثل ما قيل في المعاطاة والعطايا والهدايا والتحف. واحتمال: كونه حراماً ـ لكونه بعقد باطل ـ عمل المسلمين على خلافه، بل على الملك»(٤).

وتبعه المحدّث البحراني وأنكر العثور على القرعة في شيء من أخبار القسمة، التي ذكروها هنا وفي كتاب القضاء، بل قال: «ليس المقام في شيء من موارد نصوص القرعة، وإنّما غاية ما يدلّ عليه بعض أخبارها ـ كقوله عليه السلام: (ما تنازع قوم ففوّضوا أمرهم إلى الله ↑ ج ٢٦ / ٣١٠
ـ عزّ وجلّ ـ إلّا خرج سهم المحقّ)(٥) ـ الرجوع إليها عند التنازع، وأمّا مع التراضي فلا أثر في الأخبار لاعتبارها. وكأنّ الشيخ ومن تبعه تبع العامّة فيها وفيما ذكروه من أحكام القسمة».

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٤.

(٢) تقدّم في ص ٤٣٢.

(٣) في المصدر: مملّكاً.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الشركة / في القسمة ج ١٠ ص ٢١٥ ـ ٢١٦.

(٥) من لايحضره الفقيه: القضايا / باب الحكم بالقرعة ح ٣٣٩٠ ج ٣ ص ٩٢. وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب كيفيّة الحكم ح ١٣ ج ٢٧ ص ٢٦١.

«بل ظاهر جملة من النصوص الاكتفاء بالرضا من دون قرعة؛ كـ:».

«خبر غياث عن جعفر عن أبيه[١] عن عليّ عليهم السلام: (في رجلين بينهما مال، منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتسما ما في أيديهما وأحال كلّ واحد منهما نصيبه، فما اقتضى أحدهما فهو بينهما، وما يذهب منهما)[٢]».

«ومثله: خبر الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام[٣]، وخبر محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[٤]، وصحيحا معاوية بن عمّار[٥] وعبدالله بن سنان[٦]، وخبر سليمان بن خالد[٧]، فإنّ ظاهر الاقتسام لما في أيديهما ذلك»[٨].

قلت: قد يقال: بمنع صدق الاقتسام شرعاً ـ بعد فرض اعتبارها فيه بناءً على ما حكاه عن الأصحاب ـ على المجرّد عنها، فلا دلالة

---

(١) في الفقيه بعدها إضافة: «عن آبائه».

(٢) من لايحضره الفقيه: القضايا / باب الحوالة ح ٣٤٠٦ ج ٣ ص ٩٧، تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨١ الديون وأحكامها ح ٥٥ ج ٦ ص ١٩٥، وسائل الشيعة: باب ١٣ من كتاب الضمان ح ١ ج ١٨ ص ٤٣٥.

(٣) يأتي في ص ٦٤٩.

(٤) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٥ ج ٧ ص ١٨٦، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الشركة ذيل ح ١ ج ١٩ ص ١٢.

(٥) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٦، و«الوسائل» فيه.

(٦) يأتي في ص ٦٥٠.

(٧) من لايحضره الفقيه: القضايا / باب الصلح ح ٣٢٧٥ ج ٣ ص ٣٥، تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨٣ الصلح بين الناس ح ٨ ج ٦ ص ٢٠٧، وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب الدين والقرض ح ١ ج ١٨ ص ٣٧٠.

(٨) الحدائق الناضرة: الشركة / في القسمة ج ٢١ ص ١٧٤ ـ ١٧٦ (بتصرّف وتقديم وتأخير).

حينئذٍ بما في النصوص المزبورة على ما ذكره، خصوصاً بعد تعارف القرعة قديماً وحديثاً بين المتشرّعة في قسمة الأموال المشتركة.

بل قد يقال: إنّ تعريف القسمة بأنّها تمييز الحقوق بعضها عن بعض يقتضي أنّ حصّة الشريك كلّيّ دائر بين مصاديق متعدّدة، فمع فرض تراضي الشريكين مثلاً على قسمة المال نصفين ـ على أن يكون نصف كلّ واحد منهما في النصف المقسوم ـ احتيج إلى القرعة في تشخيص كلّ من النصفين لكلّ منهما، فهي حينئذٍ لإخراج المشتبه المتردّد، وهو محلّ القرعة لإشكاله، لا أنّ القرعة ناقل أو جزء ناقل لاستحقاق كلّ من المالين إلى الآخر.

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بأنّ المراد من إشاعة الشركة: دوران حقّ الشريك بين مصاديقه، لا أنّ المراد منها ثبوت استحقاق الشريكين في كلّ جزء يفرض؛ وإلّا لأشكل تحقّقها في الجزء الذي لا يتجزّأ من المال المشترك.

وبذلك يتّجه اعتبار القرعة في القسمة بعد تعديل السهام ورضا الشريكين ـ مثلاً ـ في تعيين كلّيّ مصداق استحقاقهما بالشخص الخارج؛ ضرورة كونه حينئذٍ من مواردها، بل لا يتحقّق الاقتسام بدونها؛ لعدم كون المدار فيه رضاهما بأنّ ما له من الحقّ فيما هو في يد شريكه عوض[1] ما في يده، كي تكون من قبيل المعاوضات، وإلّا ↑ ج ٢٦ / ٣١١
لم يعتبر فيها تعديل السهام؛ لتسلّط الناس على أموالها، مع أنّ فاقده

---

(١) في بعض النسخ: ما له من الحقّ فيما في يد شريكه هو عوض.

ليس من القسمة شرعاً قطعاً.

ولأشكل أيضاً قسمة الوقف من الطلق؛ وإلّا لكانت بعض أجزاء الوقف طلقاً والطلق وقفاً.

على أنّ هذا الرضا بعد فرض عدم اندراجه في عقد من العقود المملّكة كيف يكون سبباً لنقل المال إلى الآخر، فضلاً عن لزومه؟! وليس في القسمة عموم أو إطلاق يقتضي ذلك، كي تكون حينئذٍ أمراً مستقلاً برأسها.

بخلافه على ما ذكرنا، فإنّه غير محتاج إلى شيء من ذلك؛ ضرورة الاكتفاء برضاهما في تشخيص المصداق، والقرعة لاستخراج خصوص ما لكلّ منهما من المصداق المتردّد واقعاً، فتكشف حينئذٍ عن كون حقّه في الواقع ذلك، ولو لسبق علم الله تعالى بوقوعها عليه، ولا يحتاج بعدُ إلى عموم أو عقد آخر يقتضي الملك أو اللزوم، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق نافع.

أو يقال: إنّ القرعة مشروعة للتعيين، كما شرّع قبض المستحقّ من المستحقّ عليه في الدين ـ مثلاً ـ كذلك.

أو يقال: إنّ ملك الكلّي في الشركة وغيرها يتحقّق في مصداق من مصاديقه[١] في علم الله (تعالى شأنه)؛ لعدم تصوّر حصول صفة الملك ـ بناءً على أنّها كالصفات الخارجيّة ـ في الكلّي، الذي لا وجود له إلّا بوجود أفراده أو وجوده عين وجود أفراده؛ ضرورة عدم قيام العرض

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة: إن رضيا وتعيّنه.

إلّا بجوهر ، كضرورة عدم تحقّق الملك في فرد غير معيّن في علم الله تعالى ، وذلك لا ينافي إجراء حكم الشركة ظاهراً على الأفراد ، كما لا ينافي شرعيّة القرعة لإخراجه ، سواء انطبقت عليه أو لا ؛ إذ هي ميزان من الموازين الشرعيّة في الظاهر .

نعم ، لو قلنا : بأنّ الملك والكلّيّة...ونحوهما من الأُمور التي جعلت عنواناً في الشرع ، وليس لها وجود حقيقةً ولا مشخّصات كذلك ، لم يتّجه حينئذٍ ما ذكرناه، ويتعيّن ما قلناه سابقاً من التعيين بالقرعة، والله العالم.

ومع الإغضاء عن ذلك كلّه، يمكن الاكتفاء بظهور اتّفاق الأصحاب على اعتبار القرعة في القسمة شرعاً ، مؤيّداً: بتعارف ذلك بين عوامّ المتشرّعة فضلاً عن خواصّهم ، بل قد عرفت اعتبار الرضا بعد القرعة من بعضهم في الجملة .

ج ٢٦ / ٣١٢ ولا أقلّ من أن تكون القرعة كالعقد في اللزوم وفاقدها كالمعاطاة ، نحو ما سمعته من الأردبيلي . وأمّا احتمال : عدم اعتبارها أصلاً وأنّ التراضي كافٍ في الانتقال واللزوم ، فلا ينبغي الإصغاء إليه بوجهٍ من الوجوه .

هذا كلّه بناءً على ما حكاه عنهم ، وإلّا فقد يقال : إنّ مراد الأصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي ؛ لأنّها العدل بينهما ، أمّا مع فرض التراضي منهما فلا بأس ، كما يومئ إليه قول المصنّف : ﴿أمّا لو أراد

أحد الشركاء التخيير[١] فالقسمة جائزة، لكن لا يجبر الممتنع عنها» ضرورة صراحة ذلك في مشروعيّة القسمة بدونها، وأنّ الفرق بينها وبين الأُولى جبر الممتنع عنها دونها.

وأصرح منه ما في اللمعة في القسمة في القضاء: «وإذا عدّلت السهام واتّفقا على اختصاص كلّ واحد بسهم لزم، وإلّا أُقرع»[٢].

وفي الروضة في شرحها: «لزم من غير قرعة؛ لصدق القسمة مع التراضي.

الموجبة لتميّز الحقّ، ولا فرق بين قسمة الردّ وغيرها، وإلّا يتّفقا على الاختصاص أُقرع»[٣].

وهو صريح في عدم اعتبارها في أصل القسمة إلاّ حال عدم التراضي، والمحدّث البحراني قد صرّح باعتبار القرعة حينئذٍ وعدمها مع التراضي[٤]، وهو عين ما سمعته منهم، فما أدري أين محلّ إنكاره!

نعم، قد يناقش في أصل الاكتفاء بالرضا في اللزوم بما ذكرناه أوّلاً.

وتسمع ـ إن شاء الله ـ تمام البحث في ذلك وغيره في كتاب القضاء.

بقي الكلام في الجبر على القسمة وعدمه، وحاصل البحث فيه: أنّك قد عرفت جبر الممتنع عنها في كلّ ما لا ضرر فيها على أحدهما،

---

(١) في نسخة المسالك ومتن نسخة الشرائع: التميّز.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٩.

(٣) الروضة البهيّة: القضاء / في القسمة ج ٣ ص ١١٧.

(٤) الحدائق الناضرة: الشركة / في القسمة ج ٢١ ص ١٧٥ ـ ١٧٦.

لما سمعت.

﴿وكلّ ما في﴾ قسمت﴿ــه ضرر﴾ عليهما ﴿كالجوهر والسيف والعضائد الضيّقة﴾ قال في الصحاح: «أعضاد كلّ شيء: ما يشيّد[١] حواليه من البناء وغيره، كأعضاد الحوض، وهي حجارة تنصب حول شفيره، وكذلك عضادتا الباب، وهما خشبتاه من جانبيه»[٢].

وعلى كلّ حال، فما كان نحو ذلك ﴿لا يجوز قسمته﴾ بمعنى: أنّه لا يجبر الممتنع عنها؛ لقاعدة نفي الضرر والضرار[٣]، والنهي[٤] عن السرف والتبذير وتلف المال في غير الغرض الصحيح.

لكن في المتن هنا: لا يجوز ﴿ولو اتّفق الشركاء على القسمة﴾ ومقتضاه: عدم المشروعيّة أصلاً.

ج ٢٦ / ٢١٣ وفيه: أنّه منافٍ لقاعدة: «تسلّط الناس على أموالها»[٥]، والسفه قد يرتفع بالغرض الصحيح، على أنّه هو في كتاب القضاء فسّر الضرر المانع من القسمة بنقص القيمة[٦] لا خروج المال عن الانتفاع، ولا ريب في عدم منع المالك من التصرّف فيه وإن استلزم نقصاً فاحشاً في المال.

---

(١) في المصدر بدلها: ما يشدّ.

(٢) الصحاح: ج ٢ ص ٥٠٩ (عضد).

(٣) تقدّم في ص ٣٨١.

(٤) سورة الأنعام: الآية ١٤١، سورة الأعراف: الآية ٣١، سورة الإسراء: الآية ٢٦ و٢٧.

(٥) تقدّم في ص ٣٦٤.

(٦) شرائع الإسلام: القضاء / الفصل الثاني من خاتمة النظر الثالث ج ٤ ص ١٠١.

وأيضاً: فالإثم بذلك لا ينافي صحّة القسمة شرعاً.

كلّ ذلك، مع أنّه منافٍ لما قيل: من وجوب الإجابة فيما لو فرض ضرر القسمة على أحدهما خاصّة، وكان الطالب لها المتضرّر. قال في الدروس: «ولو تضرّر أحد الشريكين دون الآخر أُجبر غير المتضرّر بطلب الآخر، دون العكس». لكن قال: «وفي المبسوط: لا يجبر أحدهما بتضرّر الطالب. وهذا حسن إن فسّر التضرّر بعدم الانتفاع، وإن فسّر بنقص القيمة فالأوّل أحسن»[١].

وكأنّه لحظ إمكان فرض الغرض الرافع للسفه على تقدير التفسير بالنقص، بخلافه على الآخر.

ثمّ إنّ الظاهر ما صرّح به في الدروس[٢] واللمعة[٣] والروضة[٤] وغيرها[٥]: من عدم وجوب الإجابة إلى المهاياة؛ أي قسمة المنفعة بالأجزاء ـ كأن يسكن أو يزرع هذا الجزء المعيّن ـ أو بالزمان، بل في الأخير: «سواء كان ممّا يصحّ قسمته إجباراً أم لا».

وأنّه لا يلزم الوفاء بها لو أجاب إليها، فيجوز لكلّ منهما فسخها، وحينئذٍ فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر ـ أو هو ـ كان عليه أُجرة حصّة الشريك، ولو رجع بعد استيفاء كلّ منهما مدّته فلا شيء له إلّا مع

(١) الدروس الشرعيّة: كتاب القسمة ج ٢ ص ١١٨.

(٢) المصدر السابق: ص ١١٩.

(٣) اللمعة الدمشقيّة: القضاء / القول في القسمة ص ٩٩.

(٤) الروضة البهيّة: القضاء / في القسمة ج ٣ ص ١١٦.

(٥) ككشف اللثام: القضاء / في القسمة ج ١٠ ص ١٦٥.

التراضي، كما في كشف اللثام[١].

وظاهر الجميع خروجها عن حكم المعاطاة وصيرورتها كالمقاولة الوعديّة، إلّا أنّه لا يخلو من نظر في الجملة، هذا.

لكن قد يقال ـ فيما إذا كانت قسمته ممتنعة ـ: إنّه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما إن كان له أُجرة؛ جمعاً بين الحقّين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر، كما صرّح به في الدروس[٢].

ولعلّ ذلك من السياسات بناءً على أنّ للحاكم ذلك ونحوه، وحينئذٍ لا ينحصر الأمر في ذلك، فله حينئذٍ بيعه عليهم مع كونه مقتضاها، كما عن بعض العامّة من كون ذلك وجهاً[٣].

أمّا مع قطع النظر عنها فالمتّجه ما صرّح به بعضهم: من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهاياة؛ لأصلَي عدم الوجوب وعدم صحّة البيع عليهم[٤].

↑ ج ٢٦ / ٣١٤ وعلى كلّ حال، فقد ذكروا في الضرر المانع من الإجبار على القسمة أقوالاً ثلاثة:

أوّلها: أنّه عبارة عن نقصان العين أو القيمة نقصاناً لا يتسامح فيه عادةً؛ لأنّ فوات الماليّة مناط الضرر في الأموال، فيندرج حينئذٍ في

---

(١) المصدر السابق: ص ١٧٢ ـ ١٧٣.

(٢) الدروس الشرعيّة: كتاب القسمة ج ٢ ص ١١٩.

(٣) العزيز (شرح الوجيز): ج ١٢ ص ٥٤٦ ـ ٥٤٧.

(٤) قواعد الأحكام: القضاء / في القسمة ج ٣ ص ٤٦٢، كشف اللثام: القضاء / في القسمة ج ١٠ ص ١٧٣.

قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»[١]. مؤيّدةً: بأصالة عدم القسمة الشرعيّة، السالمة عن معارضة إطلاق أو عموم يقتضيها. وبذلك وغيره ترجح على قاعدة وجوب إيصال الحقّ إلى مستحقّه الطالب له.

ثانيها: أنّه عبارة عن عدم الانتفاع بالمال أصلاً.

ثالثها: عدم الانتفاع به منفرداً كما كان ينتفع به مع الشركة؛ مثل أن يكون بينهما دار صغيرة إذا قسّمت أصاب كلّ واحد منهما موضعاً ضيّقاً لا ينتفع به في السكنى، وإن أمكن الانتفاع به في غير ذلك.

ولا يخفى عليك ما في الثاني والثالث؛ ضرورة اقتضاء قاعدة: «نفي الضرر والضرار» الأعمّ من أوّلهما، وقاعدة وجوب إيصال الحقّ إلى مستحقّه الطالب له ما ينافي ثانيهما، فتعيّن حينئذٍ تفسيره بالأوّل.

ولو فرض الضرر على أحدهما بالقسمة والآخر بعدمها فزع إلى الترجيح، ومع فرض التساوي إلى القرعة.

هذا كلّه في الضرر الناشئ من القسمة من حيث كونها كذلك، أمّا الضرر الخارج عنها المترتّب على حصولها ففي مساواته للضرر منها وعدمه وجهان.

والمتولّي للجبر في مقامه: الحاكم أو أمينه، بل الظاهر قيام العدول هنا مقامه مع تعذّره.

ولو تعذّر الجبر قسّم الحاكم، بل لعلّ ذلك كذلك بمجرّد امتناعه كما

---

(١) تقدّم في ص ٣٨١.

ذكرناه في نظائره، بل الظاهر قيام الحاكم مقامه مع غيبته وطلب الشريك القسمة، خصوصاً مع تضرّره بعدمها.

بل ربّما احتمل أو قيل[1]: بقيام الشريك مقام شريكه فيها مع فرض منع ظالم له وإرادة قبض حقّه، فينوي الشريك حينئذٍ القسمة مع الغاصب وتكون قسمة. لكنّه كما ترى، وقد تقدّم لنا سابقاً البحث في ذلك.

﴿و﴾ كيف كان، فـ ﴿ـلا يقسّم الوقف﴾ وإن كان مشتركاً بين أربابه، بلا خلاف أجده فيه[2] ﴿لأنّ الحقّ ليس بمنحصر في المتقاسمين، و﴾ لا ولاية للمتولّي على ذلك.

نعم ﴿لو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً صحّ قسمته؛ لأنّه تمييز للوقف[3] عن غيره﴾. ↑ ج ٢٦ ٣١٥

وظاهره عدم الفرق في ذلك بين تعدّد الواقف واتّحاده، وتعدّد المصرف واتّحاده، كما صرّح به في الدروس، قال: «ويجوز قسمة الوقف من الطلق، لا الوقف، وإن تعدّد الواقف والمصرف»[4].

بل في القواعد: «ولا يصحّ قسمة الوقف؛ لعدم انحصار المستحقّ

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الشركة / في القسمة ج ٤ ص ٣٢٠، ومجمع الفائدة والبرهان: الشركة / في القسمة ج ١٠ ص ٢١٣.

(٢) استظهر الإجماع في المناهل: كتاب القسمة ص ١٩٣، ونسبه إلى الأصحاب في الحدائق الناضرة: الشركة / في القسمة ج ٢١ ص ١٧٦.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: لأنّه يميّز الوقف.

(٤) الدروس الشرعيّة: كتاب القسمة ج ٢ ص ١١٨.

في القاسم، وإن تغاير الواقف»[1]. أي مع تغاير الموقوف عليه أو بدونه، كأن يقف أحد الشريكين في هذا البستان حصّته على زيد وأولاده، والآخر حصّته عليهم أو على عمرو وأولاده.

لكن في الحدائق الموافقة على ذلك مع اتّحاد الموقوف عليه، سواء تعدّد الواقف أو اتّحد، قال: «وأمّا لو تعدّد الواقف والموقوف عليه؛ بأن كانت الدار مشتركة بين زيد وعمرو نصفين مثلاً، فوقف زيد نصفه على ذرّيّته، وعمرو نصفه على ذرّيّته، فإنّه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف؛ بأن يميّز أحد النصفين عن الآخر كما يميّز الوقف عن الطلق»[2].

وقد سبقه إلى ذلك الفاضل في محكيّ التحرير، قال: «ولو قيل بقسمة الوقف بعضه من بعض مطلقاً أمكن؛ إذ القسمة ليست بيعاً. والأقرب عدم جوازها؛ إذ البطن الثاني يأخذ الوقف عن الواقف ولا يلزمه ما فعل البطن الأوّل، ولو تعدّد الواقف والموقوف عليه فالأقرب جواز القسمة»[3] انتهى.

وفيه: أنّ المانع أيضاً متحقّق، وهو عدم انحصار الحقّ في الحاضرين، وعدم ثبوت ولاية المتولّي على المعدومين بالنسبة إلى ذلك.

---

(١) قواعد الأحكام: القضاء / في القسمة ج ٣ ص ٤٦٢.

(٢) الحدائق الناضرة: الشركة / في القسمة ج ٢١ ص ١٧٧.

(٣) تحريرالأحكام: القضاء / في القسمة ج ٥ ص ٢٢٣.

لكنّ الإنصاف : أنّ ذلك يقتضي عدم جواز قسمة الوقف من الطلق ؛ باعتبار عدم انحصار الحقّ في المتقاسمين[١] مع ذي الطلق ، واحتمال : أنّ القاسم معه الواقف ـ مع أنّ مثله يأتي في الفرض ـ يدفعه : خروج المال عن ملكه بالوقف ، فلا حقّ له حينئذٍ ، كما لو باعه .

فالتحقيق : أنّ الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف ـ باعتبار اختلاف البطون قلّةً وكثرةً . . . ونحو ذلك ـ لم يجز قسمته .

أمّا إذا لم يكن كذلك ـ كما في المثال ، بل وفيما لو اتّحد الواقف وتعدّد المصرف ؛ مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلاً وذرّيّته ، والآخر على عمرو وذرّيّته ـ لم يكن بأس في قسمته ، إلّا أنّ المتولّي لها الحاضرون من الموقوف عليهم ووليّ البطون .

ج ٢٦ / ٣١٦ وليس ذلك مقتضياً لدخول بعض أجزاء كلّ نصف في الآخر ـ وإلّا لاقتضى ذلك في الطلق والوقف ـ وإنّما هي تمييز ، أو أنّ نحو ذلك يغتفر فيها .

وبذلك يظهر ما في الذي حكيناه عن الشهيد في الدروس ، وأمّا إطلاق المصنّف ونحوه فيمكن تنزيله على غير ما سمعته من الصورة ، بل قد يقال : بجواز القسمة في مقام تجويز البيع ؛ ضرورة أولويّتها منه ، قال في التحرير : «ولو أشرف على الهلاك واقتضت المصلحة قسمته فالوجه الجواز ، كما أجزنا البيع حينئذٍ»[٢] .

---

(١) في بعض النسخ: «المقاسمين»، وفي بعضها: «القاسمين».

(٢) الهامش قبل السابق.

ثمّ إنّ الظاهر مشروعيّة قسمة الوقف من الطلق وإن استلزمت ردّاً من الموقوف عليه، لكن هل تكون الأجزاء المقابلة للردّ وقفاً أو ملكاً؟ وجهان، أقواهما الثاني.

نعم، لو كان الردّ عوض وصفٍ كالجودة والرداءة اتّجه كونه حينئذٍ وقفاً، كما صرّح به في القواعد وغيرها[1]، قال: «ولو كان بعض الملك طلقاً صحّت قسمته مع الوقف وإن اتّحد المالك، ولو تضمّنت ردّاً جاز من صاحب الوقف خاصّة، فإن كان في مقابلة الوصف فالجميع وقف»[2]، والله العالم.

ويأتي ـ إن شاء الله ـ الكلام في غير ذلك من أحكام القسمة؛ فإنّ المصنّف وغيره قد أطنبوا فيها في كتاب القضاء. والله المؤيّد والمسدّد.

الفصل ﴿الثالث: في لواحق هذا الباب﴾

﴿وهي مسائل﴾:

﴿الأُولى﴾

﴿لو دفع إنسان دابّةً﴾ مثلاً ﴿وآخر راوية إلى سقّاء على الاشتراك في الحاصل، لم تنعقد الشركة﴾ قطعاً؛ لأنّها مركّبة من شركة الأبدان والأموال مع عدم المزج، والكلّ باطل.

---

(١) كمسالك الأفهام: الشركة / في القسمة ج ٤ ص ٣٢٢.

(٢) قواعد الأحكام: القضاء / في القسمة ج ٣ ص ٤٦٢.

وفي محكيّ المبسوط: «﴿و﴾ لا يمكن أن يكون إجارة؛ لأنّ الأُجرة فيها غير معلومة، فـ﴿كان ما يحصل﴾ حينئذٍ ﴿للسقّاء، وعليه أُجرة مثل الدابّة والراوية﴾».

«وقيل: إنّهم يقتسمون أثلاثاً، ويكون لكلّ واحد منهم على صاحبيه ثلثا أُجرة ماله ونفسه، ويسقط الثلث؛ لأنّ ثلث النفع حصل له».

«وفي الناس من حمل الوجه الأوّل على أنّه إذا كان السقّاء يأخذ ↑
الماء من ملكه، والثاني على أنّه إذا أخذه من ماء مباح، وهذا ليس ج ٢٦ / ٢١٧
بشيء؛ لأنّه إذا أخذه من موضع مباح فقد ملكه. والوجهان قريبان، ويكون الأوّل على وجه الصلح والثاني مرّ فيه الحكم»[1].

بل في المختلف أنّ «ما قرّبه الشيخ قريب»[2].

قلت: ولعلّ مراد الشيخ أنّه يمكن أن يكون الأوّل على وجه الصلح إذا أراداه، أمّا مع عدمها فمرّ أنّ الحكم فيه الثاني الذي هو الموافق للضوابط.

وعلى كلّ حال، فتحقيق هذه المسألة ومسألة الاحتطاب الآتية وما شابههما من المسائل، مبنيّ على التحقيق في أنّ الوكالة في حيازة المباحات جائزة أو لا؟ الظاهر الأوّل، خلافاً لما تسمعه من المصنّف في كتاب الوكالة، ومن[3] أنّ التملّك بالحيازة مفتقر إلى نيّة الملك بها أو

---

(١) المبسوط: كتاب الشركة ج ٢ ص ٣٤٦.

(٢) مختلف الشيعة: الإجارة / في الشركة ج ٦ ص ٢٣٨.

(٣) الأولى إبدالها بـ«وفي» لعطفها على كلمة «في» في قوله: «مبنيّ على التحقيق في أنّ...».

إلى عدم نيّة عدم الملك أو كونه للغير ، كما تسمع البحث فيه إن شاء الله .

وحينئذٍ فصاحب[١] الراوية والدابّة إن كانا قد وكّلا السقّاء في الحيازة لهما أو أمراه بذلك مثلاً ، وقد حازه بنيّتهما مع نفسه ، اتّجه حينئذٍ شركة الجميع بالماء ، وكان لكلّ منهم ثلثا الأُجرة على الآخرين ، فإن تساوت لم يرجع أحدهم على الآخر بشيء ، وإلّا رجع بالتفاوت ، فلو فرض كون الماء ـ مثلاً ـ بيع بأربعة وعشرين ، وكان أُجرة مثل السقّاء خمسة عشر ، والدابّة اثني عشر ، والقربة ثلاثة ، كان للسقّاء منها ثلاثة عشر ، ولصاحب الدابّة عشرة ، ولصاحب القربة واحد ، وربّما تكون أُجرة المثل أزيد من الحاصل ؛ ولذا احتمل بعض : أنّ له أقلّ الأمرين من الحصّة وأُجرة المثل[٢] ، إلّا أنّه كما ترى .

وإن لم يكن ثَمَّ توكيل وقد حازه بنيّة الجميع ، ولم نقل بجريان الفضوليّة في نحوه أو لم تحصل الإجازة ، أشكل ملكه له أيضاً بناءً على اعتبار نيّة الملك في الحيازة ؛ ضرورة كون الفرض نيّة الملك للغير معه ، فضلاً عن نيّة التملّك ، بل هو حينئذٍ باقٍ على الإباحة الأصليّة يملكه إذا جدّد النيّة .

نعم ، لو قلنا بالملك بها قهراً حتّى مع نيّة الملك للغير ـ التي فرضناها ـ اتّجه حينئذٍ كونه ملكاً له .

ومن ذلك يظهر لك ما في إطلاق المصنّف ـ الذي تبعه عليه

---

(١) تحتمل المعتمدة: فصاحبا.

(٢) مفتاح الكرامة: الشركة / في الأحكام ج ٢٠ ص ٤٠٥.

ج ٢٦ / ٣١٨ الفاضل في القواعد[١] ـ خصوصاً مع تردّده الآتي، ولذا ناقشه الكركي بنحو ذلك[٢].

وكيف كان، فلو دفع إليه دابّةً ـ مثلاً ـ ليحمل عليه[٣] مال غيره ـ مثلاً ـ بالأُجرة والحاصل لهما، فالشركة باطلة قطعاً لما عرفت.

لكن إن كان العامل قد آجر الدابّة فالأجر لمالكها، كما في القواعد[٤] وجامع المقاصد[٥]، وفي الأخير[٦]: «وعليه أُجرة مثل العامل».

فإن كان الحاصل يفي بأُجرة مثل الدابّة والعامل فذاك، وإن قصر تحاصّا كلٌّ على قدر أُجرة مثله، سواء كان ذلك بسؤال العامل أو سؤال المالك أو سؤالهما، وفي القواعد: «تحاصّا إن كان بسؤال العامل، وإلّا فالجميع»[٧].

وعن الشهيد: احتمال وجوب أقلّ الأمرين من الحصّة المشروطة والحاصلة بالتحاصّ، ووجوب الأقلّ إن كان بسؤال العامل، والأكثر إن كان بسؤال المالك[٨].

---

(١) قواعد الأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٢٩.
(٢) جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٤٤ ـ ٤٥.
(٣) الأولى التعبير بـ«عليها».
(٤) انظر «القواعد» المتقدّم آنفاً.
(٥) انظر «جامع المقاصد» المتقدّم آنفاً: ص ٤٢.
(٦) ذكرت هذه العبارة في القواعد أيضاً.
(٧) تقدّم المصدر آنفاً.
(٨) نقله عنه في جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٤٣.

لكن لا يخفى عليك قوّة ما ذكرناه أوّلاً ؛ لأنّ الفرض حصول الرضا منهما معاً بذلك ، سواء كان بسؤال المالك أو العامل أو بسؤالهما معاً .

نعم قد يشكل الحكم : بأنّ الأُجرة لمالك الدابّة مع أنّه لم يصدر منه إلّا الإذن بتلك المعاملة الفاسدة ، فينبغي حينئذٍ أن تكون إجارتها من الفضولي ، اللّهمّ إلّا أن يقال بالاكتفاء بهذه الإذن ، كما تسمع نظيره في القراض .

هذا كلّه إذا آجر عين الدابّة ، أمّا إذا تقبّل حمل شيء في ذمّته ثمّ استعمل الدابّة فيه ، فالأُجرة المسمّاة حينئذٍ له وعليه أُجرة المثل للدابّة بالغة ما بلغت ، كما في القواعد[1] وجامع المقاصد[2] ، بل في الأخير : «ولو آجر نفسه للحمل على هذه الدابّة بكذا ، اتّجه أن يكون الأُجرة المسمّاة له ، ولمالك الدابّة أُجرة المثل» .

فتأمّل ؛ فإنّه قد يجري بعض الكلام السابق أو جميعه هنا ، كما أنّه لا يخفى عليك الإشكال في أصل المسألة ؛ ضرورة إمكان صحّتها على الضوابط وإن زعما حصول الشركة العنانيّة بذلك ، فإنّه زعم خارج .

وحينئذٍ يكون المسمّى ـ المقابل بمنفعة الدابّة ـ وعمل العامل لهما معاً ، يقسّم فيما بينهما على حسب أُجرة مثلهما ، كما لو استؤجرا مثلاً على هذا الوجه .

---

(١) قواعد الأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٢٩.

(٢) المصدر قبل السابق: ص ٤٤.

أمّا لو فرض وقوع ذلك على وجه الشركة الباطلة، فلا وجه ↑
لاختصاص المالك بأُجرة الدابّة المفروض كونها في مقابل الدابّة ج ٢٦ / ٣١٩
والعمل، كما لا وجه للتحاصّ في الحاصل؛ ضرورة ثبوت أُجرة المثل في الذمّة على المستوفي، لا في خصوص الحاصل المفروض حصوله بالمعاملة الفاسدة.

فالتحقيق: الرجوع في المسألة ونظائرها إلى ما تقتضيه القواعد العامّة، التي منها يعلم أيضاً ما ذكره في الجامع أخيراً[١].

ولو كان من واحد دكّان ومن الآخر رحا ومن ثالث بغل ومن رابع عمل على أن يكون الحاصل بينهم، فلا ريب في بطلان الشركة.

ثمّ إن كان عقد أُجرة طحن الطعام من واحد ولم يذكر أصحابه حتّى في النيّة، ففي القواعد[٢] وجامع المقاصد[٣]: «الأجر المسمّى له، وعليه أُجرة المثل لأصحابه، وإن نواهم أو ذكرهم على وجهٍ التزموا بطحنه أرباعاً، فالأجر بينهم أرباعاً، ويرجع كلّ واحد منهم على كلّ واحد من أصحابه بربع أُجرة مثله؛ إذ هو كما لو استأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا، فإنّ الأجر بينهم أرباعاً؛ لأنّ كلّ واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الأُجرة، ويرجع كلّ واحد منهم على كلّ واحد بربع أُجرة مثل العمل الصادر منه أو من دابّته أو منفعة دكّانه».

---

(١) المصدر السابق: ص ٤٣.

(٢) قواعد الأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٢٩.

(٣) جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٤٦ و٤٧.

نعم، لو استأجر الدكّان والبغل والرحا والرجل بكذا لطحن كذا، فالأجر بينهم على قدر أجر مثلهم، لكلّ واحد من المسمّى بقدر حصّته، نحو ما لو باع المالين مثلاً لرجلين بثمن واحد.

لكن لا يخفى عليك جريان ما ذكرناه سابقاً من الفضوليّة، بل وجريان بعض ما ذكروه من الكلام السابق من التحاصّ في المسمّى ونحوه، إلّا أنّ تفصيل الكلام في ذلك محتاج إلى إطناب تامّ لا يسعه المقام، وإن كان هو لا يخفى على الضابط لقواعد الفقه العامّة المحيط بما أسلفنا وما يأتي لنا.

وكيف كان، فممّا ذكرناه سابقاً يظهر لك الحال فيما ذكره المصنّف في:

المسألة ﴿الثانية﴾

وهي: ما ﴿لو حاش صيداً أو احتطب أو احتشّ بنيّة أنّه له ولغيره، لم تؤثّر تلك النيّة، وكان ما جمعه له خاصّة﴾ ضرورة أنّك قد عرفت اعتبار عدم التوكيل ـ بل والإجارة ـ في عدم تأثير النيّة، وإلّا كان تأثيرها الملك للغير.

↑ ج ٢٦ / ٣٢٠ ويمكن أن يكون المصنّف بنى ذلك على اختياره عدم قبول مثل ذلك الوكالة.

نعم، جزمه بأنّ ما جمعه له خاصّة مبنيّ على ما سمعت من أنّ

المباح يملك بمجرّد الحيازة ولا عبرة بالنيّة وإن كانت للغير. ولكن من الغريب ذلك منه مع قوله متّصلاً به: ﴿وهل يفتقر المحيز[1] في تملّك المباح إلى نيّة التملّك؟ قيل: لا، وفيه تردّد﴾ ونحوه وقع للفاضل في القواعد[2].

اللّهمّ إلّا أن يقال: المعتبر في الحيازة من النيّة ـ على القول بها ـ نيّة أصل الملك؛ بمعنى: عدم كون الحيازة لغرض آخر غير أصل الملك، ولا ريب في أنّ نيّة أصل الملك متحقّقة فيما نحن فيه، وإنّما فقد كونه له؛ باعتبار فرض كون القصد له ولغيره، فلا ينافي حينئذٍ الجزم بالملك التردّد في اعتبار النيّة؛ ضرورة كون المحوز له على التقديرين:

أمّا على القول بكونها من السبب القهري حتّى مع النيّة للغير فواضح.

وأمّا على الثاني فالنيّة لأصل الملك محقّقة، وإن لم يقع للغير لعدم التوكيل والإجارة أو لعدم مشروعيّتهما.

وكيف كان، فقد قيل في وجه التردّد:

«من أنّ اليد والسلطنة سبب في الملك، ولهذا تجوز الشهادة بمجرّد اليد من دون توقّف على أمر آخر، ولأنّ الحيازة سبب لحصول الملك للمباح في الجملة قطعاً بالاتّفاق؛ لأنّ أقصى ما يقول المشترط للنيّة: إنّها سبب ناقص، فحصول الملك بها في الجملة أمر محقّق، واشتراط

---

(١) في نسخة الشرائع: المخيّر.

(٢) قواعد الأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٣٠.

النيّة لا دليل عليه، فينفى بالأصل. ومعارضة ذلك ـ بأصالة عدم حصول الملك للمباح إلّا بالنيّة ـ تقتضي تساقطهما، فتبقى سببيّة اليد من غير معارض».

«ومن أنّه قد تكرّر في فتوى الأصحاب: أنّ ما يوجد في جوف السمكة ـ ممّا يكون في البحر ـ يملكه المشتري، ولا يجب دفعه إلى البائع»[١].

وأيّد الأوّل في جامع المقاصد بـ«أنّه لو اشترطت في حصول الملك لم يصحّ البيع قبلها؛ لانتفاء الملك، والثاني[٢] معلوم البطلان؛ لإطباق الناس على فعله في كلّ عصر، من غير توقّف على العلم بحصول النيّة، حتّى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما أهو بيع أو استنقاذ ـ لعدم نيّة الملك ـ لا يلتفت إلى قول من يدّعي الاستنقاذ»[٣].

ثمّ حكى عن فخر المحقّقين[٤]: أنّه أورد ذلك على والده العلّامة، فأجاب عنه: بأنّ إرادة البيع تستلزم نيّة التملّك.

واعترضه بـ«أنّه إنّما يتمّ فيمن حاز وتولّى هو البيع، أمّا إذا تولّاه ↑ ج ٢٦ / ٣٢١ وارثه الذي لا يعلم بالحال أو وكيله المفوّض إليه جميع أُموره ـ التي منها بيع ما حازه من المباحات ـ لم يندفع السؤال».

قال: «ويرد عليه أيضاً: أنّ حيازة الصبي والمجنون على ما ذكره

---

(١) جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٥٠.

(٢) في المصدر بدلها: التالي.

(٣) الهامش قبل السابق: ص ٥٠ ـ ٥١.

(٤) إيضاح الفوائد: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٠٣.

يجب أن لا تثمر ملكاً جزماً ؛ لعدم العلم بالنيّة ، وعدم الاعتداد بإخبارهما خصوصاً المجنون . ولو خلّف ميّت تركة فيها ما علم سبق كونه مباح الأصل ولم يعلم نيّة التملّك لا يجب على الوارث تسليمها في الدين والوصيّة . والأصحّ عدم اشتراطها»[1] .

قلت : لا يخفى عليك ما في جميع هذا الكلام ؛ ضرورة أنّ الوجه الأوّل من التردّد :

إن أُريد به : أنّ السلطنة واليد فيما نحن فيه سبب في الملك ، كان مصادرة محضة .

وإن أُريد به : أنّ ذلك سبب في الحكم بالملك ـ كما هو مقتضى ما ذكره من التعليل ـ كان خروجاً عمّا نحن فيه ؛ وذلك لأنّ الحكم بملكيّة ما في اليد لسبب من أسبابها لا يقتضي كونها هي نفسها سبباً ، وهو محلّ البحث .

وتعارض الأصلين ـ بعد تسليم كون الأوّل منهما أصلاً معتدّاً به ـ وإن اقتضى تساقطهما ، لكنّ دعوى بقاء سببيّة اليد بحالها لا معارض لها واضحة الفساد ؛ لعدم دليل يقتضي ذلك على وجهٍ يجدي فيما نحن فيه .

وأمّا الوجه الثاني فيمكن المناقشة فيه أوّلاً[2] : بمنع أنّ ما في بطن السمكة ـ ممّا لا يعدّ جزءً لها ولا كالجزء مثل غذائها ـ يعدّ محوزاً بحيازتها . ولو سلّم فأقصى ما يلزم اشتراطه : إمّا القصد إلى المحوز

---

(١) الهامش قبل السابق: ص ٥١.

(٢) لا عدل له ظاهر في العبارة.

بالحيازة أو الشعور به ولو تبعاً، أمّا نيّة التملّك فلا.

وأمّا التأييد ففيه: أنّ إطباق الناس ـ الذي ذكره ـ إنّما يفيد الحكم بملكيّة ما في اليد لحصول سببه، لا أنّه يقتضي كونها سبباً في الملك وإن علمنا تجرّده عن النيّة.

ومنه يعلم ما في مناقشته بما لو خلّف ميّت تركة ... إلى آخره، بل وبما ذكره من الصبي والمجنون؛ باعتبار إمكان الحكم بملكيّة ما في أيديهما أيضاً من غير حاجة إلى إخبارهما.

والمراد بنيّة التملّك عند القائل بها: هي القصد بالحيازة دخول المحوز تحت اليد والسلطنة العرفيّة، فيتبعها الملك الشرعي، بل قد يقال: إنّ المباحات هي ملك لكافّة الناس؛ لقوله تعالى: «خلق لكم ما في الأرض»[1]، والحائز بحيازته يسبق إلى الخصوصيّة، نحو ملك شخص الفقير لشخص الزكاة المملوكة جنساً لجنس الفقراء. ↑ ج ٢٦ / ٣٢٢

وحينئذٍ فالمراد بفاقد النيّة: غير المقصود بالحيازة للإدخال تحت الحوزة والسلطنة؛ كمن حوّل تراباً عن طريق أو حجراً ... ونحو ذلك مريداً التمكّن من عبوره، أو قطع غصن شجرة مباحة عن مكان يريد السكنى فيه ... ونحو ذلك ممّا لا يريد إدخاله تحت حوزته، فإنّه ـ بذلك ـ لا يدخل في ملكه، ولا يمنع من أخذه، ولا يخرج عن أصل الإباحة. وكذا من حفر بئراً في المباح لمجرّد الارتفاق، كما عن الشيخ

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٩.

المحكي عنه اعتبار النيّة :

قال في باب إحياء الموات من المبسوط : «إذا نزل قوم موضعاً من الموات ، فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها ويسقوا غنمهم ومواشيهم منها مدّة مقامهم ، ولم يقصدوا الملك بالإحياء ، فإنّهم لا يملكونها بالإحياء ؛ لأنّ المحيي إنّما يملك بالإحياء إذا قصد تملّكه»[١]. وهو كالصريح فيما ذكرناه من نيّة التملّك .

بل يمكن ـ من ذلك ـ أن يكون النزاع لفظيّاً ؛ فإنّ القائل بعدم اعتبارها إنّما يريد الاكتفاء بقصد الحيازة وإدخال المحوز تحت الحوزة والسلطنة العرفيّة ، لا أنّه يقول بالملك قهراً ـ كالإرث ـ وإن لم يقصد بالحيازة ذلك ؛ ضرورة عدم كون ذلك حيازة عند التحقيق .

وحينئذٍ يتّجه حصول أثرها في المجنون والصبي المميّز ـ مع فرض حصول قصدها منهما ـ كما صرّح به بعضهم[٢]، بل ظاهر الفخر وغيره المفروغيّة منه[٣]، بل هو مقتضى السيرة والطريقة سيّما في الصبي .

وبذلك ونحوه يترجّح ما يقتضي ترتّب الملك بها على ما دلّ على عدمه من قوله عليه السلام : «لا يجوز أمره»[٤] ونحوه ممّا يقتضي سلب المجنون والصبي عن التملّك الاختياري ولو بالأفعال التي منها

---

(١) المبسوط: إحياء الموات / في تفريع القطائع ج ٣ ص ٢٨١.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الشركة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧، والعاملي في مفتاح الكرامة: الشركة / في الأحكام ج ٢٠ ص ٤١٥.

(٣) إيضاح الفوائد: اللقطة / لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥١.

(٤) تقدّم الخبر كاملاً في ص ٥٠.

الحيازة والالتقاط.

وبالتأمّل فيما ذكرناه يظهر لك ما في كلام جملة من الأعيان منهم

ج ٢٦ / ٣٢٣ الكركي[١] وغيره[٢].

بل لو قلنا بعدم لفظيّة النزاع، كان وجه التردّد في المتن وغيره[٣]: دعوى ظهور قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتةً فهي له»[٤] ـ الذي هو كالقول بأنّ «من حاز شيئاً فهو له» ـ في الملكيّة قهراً وأنّه من باب الأسباب فلا تعتبر النيّة، ومن كون المراد بذلك القصد بالإحياء والحيازة إلى دخول المحوز تحت الحوزة والسلطنة، بل لا يعدّ غيره حيازة، فاعتبرت النيّة بهذا المعنى، ولعلّ الأقوى ذلك.

كما أنّ الأقوى عدم اعتبارها إن أُريد بها: إنشاء قصد التملّك، الذي يمكن دعوى السيرة بل الضرورة على خلافه.

وربّما يأتي لذلك مزيد تحقيق في محلّه إن شاء الله، فإنّ البحث عن ذلك إنّما ذكر استطراداً، والله العالم المؤيّد.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿لو كان بينهما مال بالسويّة، فأذن أحدهما﴾ خاصّة ﴿لصاحبه

(١) جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٥٠ ـ ٥١.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الشركة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٢٥ فما بعدها.

(٣) كقواعد الأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٣٠.

(٤) تهذيب الأحكام: التجارات/باب ١١ أحكام الأرضين ح ١٩ ج ٧ ص ١٥١، عوالي اللآلي: باب إحياء الموات ح ٢ ج ٣ ص ٤٨٠، سنن أبي داود: ح ٣٠٧٣ و٣٠٧٤ ج ٣ ص ١٧٨.

في التصرّف﴾ بالمال المشترك ﴿على أن يكون الربح بينهما نصفين، لم يكن قراضاً؛ لأنّه لا شركة للعامل في مكسب مال الآمر﴾ وهو حقيقة القراض؛ إذ المفروض كون المال بينهما نصفين، فنصف الربح الذي يستحقّه إنّما هو لكونه شريكاً في المال، ولا شيء له من الربح زائداً على ذلك في مال الآمر كي يكون قراضاً.

﴿ولا شركة﴾ اصطلاحيّة ﴿وإن حصل الامتزاج﴾ في المال؛ لعدم كون العمل منهما.

﴿بل﴾ لا ﴿يكون﴾ المال في يد العامل إلّا ﴿بضاعة﴾ وذلك لأنّ حصّة الشريك مال مبعوث للتجارة في يد الوكيل.

قال في الصحاح: «البِضاعة: طائفة من المال تبعثها للتجارة، تقول: أبضعته واستبضعته: أي جعلته بضاعةً، وفي المَثَل: كمستبضع تمراً[١] إلى هَجَر»[٢].

وبنحو ذلك صرّح في القواعد[٣].

لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما في الشركة، وقد عرفت البحث فيه سابقاً، كما أنّك عرفت الحال فيما لو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المالين، والله العالم.

---

(١) في المصدر: تمرٍ.
(٢) الصحاح: ج ٣ ص ١١٨٦ (بضع).
(٣) قواعد الأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٢٩.

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً، فادّعى الآخر أنّه اشتراه لهما وأنكر، فـ﴾لا إشكال ولا خلاف[1] في أنّ ﴿القول قول المشتري مع يمينه؛ لأنّه أبصر بنيّته﴾. ↑ ج ٢٦ / ٣٢٤

﴿و﴾ كذا ﴿لو ادّعى أنّه اشترى لهما فأنكر الشريك، فـ﴾ إنّ ﴿القول أيضاً قوله﴾ بيمينه ﴿لمثل ما قلناه﴾ من كونه أبصر بنيّته، بعد فرض كونه أميناً.

بل لو ادّعى عليه التصريح في العقد بكون الشراء للشركة ـ مثلاً ـ أمكن تقديم قوله؛ لأنّ الاختلاف في فعله، ولأنّ ظاهر يده يقتضي الملك.

نعم، لو قال: «كان مال الشركة وخلص لي بالقسمة» كان القول قول الآخر في إنكار القسمة بيمينه، كما هو واضح.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿لو باع أحد الشريكين سلعةً بينهما وهو وكيل في﴾ البيع و﴿القبض﴾ للثمن عن صاحبه ﴿فادّعى[2] المشتري تسليم الثمن﴾ أجمع ﴿إلى البائع﴾ الذي هو الوكيل ﴿وصدّقه الشريك﴾ الموكّل ﴿برئ المشتري من حقّه﴾ قطعاً؛ لاعترافه بالوصول إلى وكيله على

---

(١) ادّعى ظهور الاتّفاق في المناهل: كتاب الشركة ص ١٨٩.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: وادّعى.

القبض ﴿و﴾ هو الشريك البائع .

بل لو وقعت الدعوى بين المشتري والبائع ﴿قبلت شهادته﴾ أي الشريك المصدّق إذا كان عدلاً ﴿على القابض في النصف الآخر﴾ الراجع إليه ﴿وهو حصّة البائع؛ لارتفاع التهمة عنه﴾ بجرّ النفع إليه ﴿في ذلك القدر﴾ لكن إذا كانت شهادته التي أدّاها بوصول حقّه إليه .

أمّا إذا كانت بوصول جميع الثمن إليه ، والفرض عدم قبولها بما يرجع إليه ـ لكونه مدّعياً صرفاً ، ولجرّ النفع إليه في ذلك ـ أمكن عدم قبولها أيضاً في حقّ البائع ، بناءً على أنّ الشهادة متى ردّت في البعض ردّت في غيره .

وإن كان لنا فيه نظر ، بل ظاهر الفاضل في قواعده القبول[1]، بل لعلّه ظاهر المتن هنا أيضاً لولا قوله فيما يأتي : «والمنع في المسألتين أشبه» .

نعم ، لو تقدّمت خصومة الشريك مع شريكه البائع على الخصومة بينه وبين المشتري أمكن حينئذٍ ردّها ؛ للخصومة حينئذٍ بناءً على قدحها في الشهادة .

وبهذا يظهر لك أنّ هنا خصومتين . إحداهما بين البائع والمشتري ، والثانية بين الشريكين .

فإن تقدّمت الأُولى فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن ، فادّعى الأداء وأقام البيّنة ـ ولو كان أحد أجزائها الشريك المقرّ على

(١) قواعد الأحكام: الشركة / في الأحكام ج ٢ ص ٣٢٨.

الوجه الذي عرفت ـ بريّ من الحقّين بالإقرار والبيّنة.

وإن لم تكن له بيّنة حلف البائع أنّه لم يقبض، فيستحقّ أخذ نصيبه ولا يشاركه فيه الآذن؛ لأنّ إقراره بقبض البائع أوّلاً يقتضي أن يكون ما قبضه ثانياً بيمينه ظلماً. ج ٢٦ / ٣٢٥

فإن نكل عن اليمين ردّت على المشتري، فإذا حلف أنّه أقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة، فإن نكل اُلزم بنصيب البائع فقط؛ لأصالة بقاء الثمن في ذمّته، كما هو واضح.

ثمّ إن كان المشتري قد أقام البيّنة بإقباضه البائع جميع الثمن كان للآذن المطالبة بحصّته قطعاً، أمّا إذا كان ذلك بشاهد ويمين أو باليمين المردودة فلا، وإن قلنا: إنّها كالبيّنة؛ لأنّها كذلك في حقّ المتخاصمين فيما تخاصما فيه، لا مطلقاً.

نعم، للشريك حينئذٍ إحلاف البائع على عدم قبض حصّته، فإن نكل حلف الآذن اليمين المردودة وأخذ منه، وليس للبائع الرجوع بذلك على المشتري ولا مخاصمته؛ لأنّه بزعمه ظالم.

وربّما نوقش[1]: بأنّ ذلك لا يسقط حقّ الدعوى بعد أن كان وكيلاً عن الشريك في القبض، وقد اُغرم للموكّل حصّته.

ويدفعها: أنّ اعتراف الشريك بقبض البائع يقتضي انعزاله بفعل متعلّق الوكالة، بل يقتضي سقوط حقّ الدعوى له على المشتري.

وفي جامع المقاصد أنّه «يمكن أن ينظر بوجه آخر: وهو أنّ البائع

---

(١) ذكرت هذه المناقشة ـ مع ردّها ـ في جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٣٠.

قد أدّى عن المشتري بأمر الحاكم، فله الرجوع. ويجاب: بأنّ ذلك إنّما هو مع تحقّق الدين، وهنا قد برئ المشتري منه بإقرار الآذن. ويمكن أن يقال: إنّ إقراره إنّما ينفذ في حقّه لا في حقّ البائع، ونحن لا نلزم المشتري بالدين جزماً ليكون ذلك متوقّفاً على ثبوته، وإنّما تجوز له المخاصمة والطلب على تقدير الثبوت»[1].

قلت: فيه ما لا يخفى من عدم الحقّ للبائع بعد اعتراف صاحب الحقّ أنّه لا حقّ للبائع على المشتري، فكيف تتصوّر المطالبة بحقّ يعترف صاحبه بسقوطه؟!

نعم قد يقال: إنّ له المقاصّة مع إمكانها، من غير فرق بين هذا الحقّ وغيره، فتأمّل جيّداً.

ثمّ اعلم: أنّ نكول البائع في خصومة المشتري لا يمنع من حلفه في خصومة الشريك؛ لأنّها خصومة أُخرى، وبالعكس. وقد عرفت أنّ
اليمين المردودة كالإقرار أو كالبيّنة في حقّ المتخاصمين لا مطلقاً. هذا ج ٢٦ / ٣٢٦
فيما إذا تقدّمت خصومة البائع مع المشتري.

أمّا إذا تقدّمت خصومته مع الشريك فالحكم كما عرفت، غير أنّ شهادة الشريك حينئذٍ على البائع في الخصومة مع المشتري يشكل قبولها بما عرفت. وأمّا المشتري فعلى كلّ حال لا تقبل شهادته؛ لأنّه مدّعٍ.

(١) المصدر السابق: ص ٣٠ ـ ٣١.

﴿و﴾ لعلّ المصنّف إنّما لم يتعرّض للصورتين، نظراً إلى عدم وجود كثير فرق، أو إلى عدم قبولها على التقديرين لما عرفت.

هذا كلّه فيما لو ادّعى المشتري التسليم إلى البائع.

أمّا ﴿لو ادّعى تسليمه إلى الشريك﴾ الآذن ﴿فصدّقه البائع﴾ وكان قد أذن له في ذلك فالحكم كما عرفت. نعم، إذا لم يكن مأذوناً من البائع ﴿لم يبرأ المشتري من شيء من الثمن؛ لأنّ حصّة البائع لم تسلّم إليه ولا إلى وكيله﴾ فيجب عليه دفعها له من غير يمين ﴿و﴾ الفرض أنّ ﴿الشريك ينكره، فـ﴾كان ﴿القول قوله مع يمينه﴾ فإذا حلف أدّى المشتري جميع الثمن.

﴿و﴾ لكن ﴿قيل: تقبل[1] شهادة البائع﴾ هنا على الشريك في وصول حقّه إليه، كما قبلت شهادة الشريك عليه في المسألة السابقة، لعدم التهمة باعتبار بقاء حقّه عند المشتري.

وفيه: أنّ التهمة هنا باعتبار إرادة استقلاله بما يأخذه من المشتري؛ إذ الشريك له مشاركته فيما يأخذه منه، لكون الثمن مشتركاً بينهما.

﴿و﴾ من هنا قال المصنّف: ﴿المنع في المسألتين أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، وإن كنت قد عرفت تفصيل الحال في المسألة. نعم، لو فرض اندفاعها هنا من هذه الجهة بإبراء البائع ونحوه اتّجه القبول.

وممّا ذكرنا لك سابقاً يظهر لك الوجه هنا في الخصومتين، بل الظاهر

---

(١) في نسخة الشرائع: يقبل.

توجّه اليمين هنا على الشريك مرّتين، إحداهما: للمشتري بأنّه لم يقبض منه شيئاً، والثانية: إذا أراد الشركة مع البائع فيما أخذه من المشتري؛ لأنّه يدّعي عليه وصول حقّه إليه. ولا يسقط هذا اليمين عنه باليمين في خصومته مع المشتري التي هي خصومة أُخرى، ولا يرجع البائع على المشتري بما أخذه منه الشريك؛ لاعترافه بكونه ظالماً له فيه، كما هو واضح.

المسألة «السادسة»

«لو باع اثنان عبدين، كلّ واحد منهما لواحد منهما بانفراده، صفقةً بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما، قيل[1]: يصحّ» البيع ويكون الثمن مشتركاً بينهما على نسبة قيمة ماليهما؛ للأصل السالم عن معارضة الجهالة بالثمن؛ لعدم الدليل على اعتبار العلم أزيد من ذلك ـ وهو العلم بمجموع الثمن ـ وقد حصل، أمّا حال الأجزاء فيكفي حينئذٍ مقابلة جميع الثمن لجميع المبيع واستواء نسبة الملّاك إلى الأبعاض. وكذا لو آجرا أنفسهما صفقةً بأُجرة معيّنة. ↑ ج ٢٦ / ٣٢٧

«وقيل[2]: يبطل؛ لأنّ الصفقة تجري مجرى عقدين، فيكون ثمن كلّ واحد منهما مجهولاً» لكن فيه ما عرفت، كما أوضحنا ذلك

---

(١) اختاره العلّامة في المختلف: الإجارة / في الشركة ج ٦ ص ٢٣٩. والشهيد الثاني في المسالك: الشركة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٣٢.

(٢) الخلاف: الشركة / مسألة ١٣ ج ٣ ص ٣٣٥.

في كتاب البيع[١].

﴿أمّا لو كان العبدان لهما﴾ على الشركة ﴿أو كانا لواحد جاز﴾ بلا خلاف[٢] ولا إشكال، بل ﴿وكذا لو كان لكلّ واحد قفيز من حنطة﴾ مثلاً متساوية القيمة ﴿على انفراده فباعاهما صفقةً؛ لانقسام الثمن عليهما بالسويّة﴾ فلا جهالة حينئذٍ، كما هو واضح.

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿قد بيّنّا أنّ شركة الأبدان باطلة﴾ فلو وقعت وآجرا أنفسهما ـ مثلاً ـ بعنوان الشركة ﴿فإن تميّزت أُجرة عمل أحدهما عن صاحبه﴾ بالتسمية ﴿اختصّ بها﴾ ولا يشاركه الآخر فيها؛ لما عرفت من بطلان عقد الشركة.

﴿وإن اشتبهت﴾ كأن لم يسمّ لأحدهما أُجرة مخصوصة ﴿قسّم حاصلهما على قدر أُجرة مثل عملهما، وأُعطي كلّ واحد منهما ما قابل أُجرة مثل عمله﴾ نحو ما سمعته في بيع المالين المتفاوتين بالقيمة بثمن واحد، كما هو واضح.

لكن في المسالك: «في المسألة وجهان آخران ذكرهما العلّامة، أحدهما: تساويهما في الحاصل من غير نظر إلى العمل؛ لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر، ولأنّ الأصل مع الاشتراك التساوي،

(١) في ج ٢٣ ص ٤٩٧...

(٢) كما في الحدائق الناضرة: الشركة / في اللواحق ج ٢١ ص ١٩٦.

ولصدق العمل على كلّ واحد منهما، والأصل عدم زيادة أحد العملين على الآخر، والحاصل أنّه[١] تابع للعمل. ويضعّف: بمنع كون الأصل في المال والعمل التساوي».

«والثاني: الرجوع إلى الصلح؛ لأنّ به يقين البراءة كما في كلّ مال مشتبه، ولا شبهة في أنّه أولى مع اتّفاقهما عليه، وإلّا فما اختاره المصنّف أعدل من التسوية»[٢].

قلت: لا يخفى عليك أنّ مفروض المسألة في المتن لا تأتي فيه الوجوه الثلاثة، بل ليس فيه إلّا الوجه الذي ذكره المصنّف؛ وذلك لأنّ ج ٢٦ / ٣٢٨ صريح العبارة أو كصريحها كون العمل من كلّ منهما معلوماً، إلّا أنّه لم يكن بأُجرة مسمّاة. وإنّما سمّيت الأُجرة لمجموع العملين بعنوان شركة الأبدان من الأجيرين. وهذه ليس فيها ـ بعد فرض صحّة الإجارة ـ إلّا التوزيع على أُجرة مثل عمليهما، نحو بيع المالين المنفردين لشخصين الذي تقدّم الكلام فيه سابقاً.

وقد ذكرها العلّامة سابقاً على هذه المسألة، فقال: «ولو باعا بثمن واحد أو عملا بأُجرة واحدة ثبتت الشركة، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا، ولكلّ منهما بقدر النسبة من القيمة»[٣].

ومفروض العلّامة في القواعد ليس فيه إلّا وجهين[٤] ـ التساوي

---

(١) ليست في المصدر.

(٢) مسالك الأفهام: الشركة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

(٣) قواعد الأحكام: الشركة / في الماهيّة ج ٢ ص ٣٢٦.

(٤) الأولى التعبير بـ«وجهان».

بالأُجرة والأصحّ(١) الصلح ـ وهو ما إذا لم يتميّز عمل كلّ منهما . قال : «وإذا تميّز عمل الصانع عن صاحبه اختصّ بأُجرته ، ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح»(٢) .

ومراده : أنّه مع تمييز العمل يختصّ بالأُجرة ولو ما يخصّه من التوزيع ، أمّا مع اشتباه العمل ففيه الاحتمالان . وكأنّ وجه الأوّل منهما : اجتماع الأُجرتين معاً في ذلك الحاصل ـ لأنّه الفرض ـ والأصل عدم زيادة أحدهما على الآخر ، ولأنّ الأصل مع الاشتراك التساوي .

ولكن فيه : أنّ الأصل المذكور ممنوع هنا ، فإنّ زيادة مال شخص على آخر ونقصانه أو مساواته له ليس أصلاً ؛ إذ لا رجحان لأحدهما على الآخر ، لا بحسب العادة ولا في نفس الأمر ، وإنّما يتحقّق في مثل ما إذا اشتركا في السبب المملّك ، كما لو أقرّ لهما بملكيّة شيء ، أو أوصى لهما ، أو وقف عليهما ، فإنّ السبب المملّك لهما هو الإقرار والوصيّة والوقف ، والأصل عدمها .

بخلاف ما نحن فيه ؛ فإنّ العمل الصادر من أحدهما غير الصادر من الآخر ، واستواؤهما وتفاوتهما على حدّ سواء بالنسبة إلى النفي بالأصل ، فليس حينئذٍ إلّا الصلح ، كما في كلّ مالين امتزجا وجهل قدر كلّ منهما .

بل لعلّ ذلك كذلك حتّى لو تميّز عمل أحذهما وجهل الآخر ، أو

---

(١) يحتمل في ضبط هذه الكلمة: وإلّا صحّ.

(٢) الهامش قبل السابق.

تميّز بعض عمل كلّ منهما وجهل الباقي . وبالجملة : متى جهلت النسبة بين العملين .

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّ التساوي هو الراجح منهما ، فيكون كالأصل ، لأنّ فصله كالأمر العدمي . لكن لنا في ذلك نظر ، ذكرناه في محلّه . ↑
وعلى كلّ حال فهو غير موضوع ما ذكره المصنّف من العمل المتميّز ، ج ٢٦ / ٣٢٩
والله العالم .

المسألة «الثامنة»

«إذا باع الشريكان» مثلاً «سلعةً» بينهما «صفقةً، ثمّ استوفى أحدهما منه شيئاً» ولو بنيّة أنّه له «شاركه الآخر فيه» كما في كلّ دين مشترك بين اثنين فصاعداً ؛ وذلك لأنّ كلّ جزء جزء منه مشاع بينهما ، فإنّ ما في الذمّة إنّما يخالف الشخصي الخارجي في الكلّيّة والجزئيّة ، أمّا الإشاعة فهما على حدّ سواء فيها .

ففي المرسل عن أبي حمزة قال : «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال ، منه بأيديهما ومنه غائب عنهما ، فاقتسما الذي بأيديهما وأحال كلّ منهما نصيبه من الغائب ، فاقتضى أحدهما ولم يقتض الآخر؟ قال : ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله»[1] .

ومثله خبر غياث عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليهم السلام ، إلّا أنّه قال :

---

(١) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٤ ج ٧ ص ١٨٥، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الشركة ح ١ ج ١٩ ص ١٢.

«ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، وما يذهب بينهما»[١].

وكذا خبر محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[٢] ومعاوية بن عمّار[٣].

وفي خبر عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: «سألته عن رجلين بينهما مال، منه دين ومنه عين، فاقتسما العين والدين، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للآخر، أيردّه على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله»[٤].

لكنّ هذه النصوص ـ بل والمتن وما شابهه ـ مشتملة على الجزم بالشركة، وما ذاك إلّا لحصول الإذن من الشريك بالقبض ولو لزعم القسمة الفاسدة ونحوها، وحينئذٍ يتّجه الجزم بشركة المقبوض.

إنّما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصّته لنفسه من دون إذن شريكه.

وقد ذكر غير واحد من الأصحاب[٥] ـ بل نسب[٦] إلى المشهور ـ أنّ

---

(١) تقدّم في ص ٦١٤.

(٢) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٥ ج ٧ ص ١٨٦، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الشركة ذيل ح ١ ج ١٩ ص ١٢.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٦، و«الوسائل» فيه.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٧، و«الوسائل»: ح ٢.

(٥) كالعلّامة في التحرير: الشركة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٣٩، والسبزواري في الكفاية: كتاب الشركة ج ١ ص ٦٢١، واختاره ـ بعد اللتيّا والتي ـ الكركي والشهيد الثاني والكاشاني: (انظر الهامش اللاحق).

(٦) كما في جامع المقاصد: الشركة/في الأحكام ج ٨ ص ٣٧ و٣٩، ومسالك الأفهام: الشركة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٣٧ و٣٣٨، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٣٩ ج ٣ ص ٨٥.

للشريك مشاركة الآخر فيما قبض، وله مطالبة الغريم بمقدار حصّته، فيكون قدر الحصّة في يد القابض كقبض الفضول؛ إن أجازه ملكه وتبعه النماء، وإن ردّه ملكه القابض، ويكون مضموناً عليه على التقديرين لو ج ٢٦ / ٢٣٠ تلف قبل اختيار الشريك كما في المسالك[1]. بل في التذكرة: التصريح في تعيّن حقّه به ولا يضمنه للشريك[2]. وقد أطنب في المسالك في تحقيق ذلك وأنّه من الفضولي، وأنّ ذلك هو المراد من قولهم: «تخيّر الشريك بين الرجوع على الغريم وبين الشركة فيما قبضه شريكه»[3].

والجميع ـ كما ترى ـ لا ينطبق على القواعد الشرعيّة؛ وذلك لأنّه وإن اتّجهت الشركة مع إجازة القبض لهما بناءً على تأثير مثل هذه الإجازة في مثله ـ وإن كان فيه إشكال أو منع من وجوه، بل لم نجده في المقام لغير ثاني الشهيدين ـ لكنّ اختصاص القابض وملكه مع عدمها لا وجه له، بل المتّجه حينئذٍ بقاؤه على ملك الدافع؛ وذلك لأنّ القابض ليس له إلّا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه، ومع فرض عدم إجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة. ونيّة الدافع أنّه مقدار حصّة القابض لا تنفع في ذلك وإن وافقتها نيّة القابض، بل لو رضي الشريك بكون ذلك حصّة للقابض وما بقي في ذمّة الغريم حصّة له لم يُجد؛ لعدم صحّة مثل هذه القسمة.

---

(١) انظر «المسالك» في الهامش السابق: ص ٣٣٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشركة / في الأحكام ج ١٦ ص ٣٧٤.

(٣) مسالك الأفهام: الشركة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

ودعوى: جوازها لكنّها مراعاة بقبضه ـ فإن حصل تمّت، وإلّا رجع على القابض وشاركه فيما قبضه ـ تهجّس بلا دليل، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحّة قسمة الدين، وللمعلوم من أنّه مع عدم إجازة القبض على وجهٍ يكون به المقبوض مالاً للشركة لا يكون كذلك، فكيف يعود إليه بعد عدم القبض؟!

وحينئذٍ فإن لم يكن ثمّة إجماع أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه بعد عدم الإجازة، بل ولا بعضه. اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّه برضا الشريك بكون المقبوض حصّة للقابض يتمحّض المقبوض مالاً للشركة، بل هو في الحقيقة إجازة لذلك.

نعم، جعله حصّة له لا يتمّ قسمةً إلّا بقبض الشريك مقابله، على وجهٍ يقع الرضا منهما معاً بأنّه لكلّ منهما ما في يده، فمع فرض عدمه يبقى ذلك المال المقبوض على الشركة، فله الرجوع عليه وأخذ نصيبه منه؛ إذ لم يدخل في ملك القابض.

وذلك الرضا الذي وقع من الشريك أوّلاً بكون ما قبضه حصّة له لا يفيده تمليكاً، مع احتماله لكن على جهة التزلزل، إلّا أنّ الأقوى خلافه. وإن كان ذلك كلّه كما ترى. ↑ ج ٢٦ / ٣٣١

وعلى كلّ حال، فممّا ذكرنا يظهر لك ضعف ما عن ابن إدريس: من اختصاص كلّ من الشريكين بما يستوفيه من حقّه ولا يلحقه الآخر فيه[1]؛ لأنّ اشتراك الدين في الذمّة لا يمنع من تعيين حقّ واحدٍ

---

(١) السرائر: باب الشركة ج ٢ ص ٤٠٢ ـ ٤٠٣.

في معيّن .

ولأنّ لكلّ واحد أن يبرئ الغريم من حقّه ويصالح منه على شيء ، بحيث إذا استوفى شريكه لم يلحقه فيه .

ولأنّ متعلّق الشركة بينهما هو العين ، وقد ذهبت ولم يبق لهما إلّا دين في ذمّته ، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة ، فلا يشاركه الآخر فيما أخذ .

ولأنّ ما في الذمّة لا يتعيّن إلّا بقبض المالك أو وكيله ، والمفروض ليس منه ؛ وذلك لأنّ الشريك لم يقبض إلّا لنفسه .

ولأنّه إن وجب الأداء بالمطالبة بحقّه وجب أن لا يكون للشريك فيه حقّ ، لكنّ المقدّم حقّ بالاتّفاق ، فالتالي مثله ؛ وذلك لأنّ وجوب الأداء بالمطالبة بحصّة الشريك فرع التمكّن من تسليمها ، لاستحالة التكليف بالممتنع ، فإذا ثبت تمكّنه من دفعها على أنّها للشريك ـ ودفعها كذلك ـ امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حقّ .

ولأنّه لو كان للشريك في المدفوع حقّ لزم وجه قبحٍ ؛ وهو تسلّط الشخص على قبض مال غيره بغير إذن .

ولأنّه لو كان كذلك لوجب أن يبرأ الغريم من مقدار حقّه من المدفوع ؛ لاستحالة بقاء الدين في الذمّة مع صحّة قبض عوضه ، لكنّ التالي باطل عندهم ؛ لكونهم يحكمون بأنّه مخيّر في الأخذ من أيّهما شاء .

ولأنّه لو نهاه الشريك عن قبض حقّه ، فإن تمكّن من المطالبة

بحصّته وجب أن لا يكون للشريك فيها حقّ، وإلّا امتنع أخذ حقّه بمنع الشريك إيّاه من القبض.

ولأنّ المقبوض إمّا أن يكون مالاً مشتركاً أو لا، فإن كان مشتركاً وجب على تقدير تلفه أن يتلف منهما كسائر أموال الشركة، وتبرأ ذمّة (ج ٢٦ / ٣٣٢) الغريم منه، وإلّا لم يكن للشريك فيه حقّ.

وقد مال إلى ذلك في جامع المقاصد، فقال: «ولا يخفى أنّ بعض هذه الوجوه في غاية القوّة والمتانة، والروايات لا تقاومها مع أنّها قابلة للتأويل، فمختار ابن إدريس قويّ متين كما اعترف به المصنّف في المختلف، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى»[1]. وتبعه على ذلك ثاني الشهيدين[2].

إلّا أنّ الجميع كما ترى بعد التأمّل الجيّد فيما ذكرنا، مع قطع النظر عن النصوص؛ إذ:

الأوّل: مصادرة محضة، خصوصاً بعد ما عرفت من تحقّق الإشاعة في العين، كلّيّةً كانت أو شخصيّةً.

وإبراء أحدهما الغريم أو الصلح معه بشيء يمحّض الباقي للشريك الآخر، فإنّ الإبراء يتعلّق بالمشاع على إشاعته، وكذا الصلح. فمع فرض حصولهما وعدم تصوّر ملك الشخص على نفسه يتمحّض الباقي للشريك الآخر. وقد ذكر طرق متعدّدة لاختصاص كلّ منهما بما يأخذه

---

(١) جامع المقاصد: الشركة / في الأحكام ج ٨ ص ٣٩.

(٢) مسالك الأفهام: الشركة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٣٥ و٣٣٨.

إذا أراد، إلّا أنّه خروج عن مفروض المسألة.

والثالث: أيضاً مصادرة محضة، كما عرفت.

والرابع: مبنيّ على ملك الشريك لما قبضه الآخر قهراً، والقائل لا يلتزمه، بل يشترطه بالإجازة على الوجه الذي سمعت.

والخامس: ـ بعد تسليم أنّ له المطالبة منفرداً، ووجوب الأداء له ـ لا يقتضي ما ذكره الخصم، بل يمكن أن يكون ولو بالجمع مع شريكه، أو بتعيّن حقّه بأحد الوجوه المعيّنة له عن صاحبه بصلح ونحوه.

والسادس: قد عرفت توقّف الحقّ على الإجازة، فلا جهة قبح فيه.

والسابع: مع الإجازة لا إشكال في الإبراء، والتخيير إنّما هو في الإجازة وعدمها كما عرفت ذلك مفصّلاً، أو في القسمة على الوجه الذي ذكرناه.

على أنّ التخيير المزبور لم أجده في الخلاف والنهاية والوسيلة، بل الموجود: «شارك»[1] مثل عبارة المتن وما شابهها، وظاهرهم تعيّن الشركة، وليس ذلك إلّا للإذن للشريك في القبض، فإنّه يكون حينئذٍ مالاً للشركة وإن نوى به لنفسه، بل لو أذن له الشريك في القبض لنفسه فقبض يكون أيضاً مشتركاً؛ لمعلوميّة كون القيد لغواً، لعدم إمكانه. ج ٢٦ / ٢٣٣

والنصوص المزبورة محمولة على الإذن، فلا يقدح عموم ما اقتضى

(١) الخلاف: الشركة / مسألة ١٥ ج ٣ ص ٣٣٦، النهاية: باب وجوب قضاء الدين، وباب الشركة والمضاربة ج ٢ ص ٢٦ ـ ٢٧ و٢٣٥ ـ ٢٣٦، الوسيلة: بيان عقد الشركة ص ٢٦٣.

أحدهما؛ لما عرفت.

وفي الوفاء بغير الجنس وجهان، ومثله المقاصّة به لنفسه، أمّا المقاصّة بالجنس فكالوفاء به.

والثامن: قد عرفت الجواب عنه بما عن الخامس.

كما أنّ التاسع: يعرف ما فيه ممّا تقدّم في السابع وغيره.

فمن الغريب دعوى المتانة في هذه الوجوه التي هي واضحة الفساد. والتحقيق ما عرفت.

نعم، لكلّ منهما طرق في الاختصاص لو أراده، كالصلح والتأجيل المقتضي للإفراز بعقد لازم ـ مثلاً ـ والضمان والحوالة والشراء بها شيئاً... ونحو ذلك ممّا لا ينافي التصرّف بها على الإشاعة، كما أوضحنا ذلك كلّه في محلّه، والله العالم.

المسألة ﴿التاسعة﴾

﴿إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدّةً معيّنةً صحّت الإجارة﴾ لعموم أدلّتها الشامل لذلك ﴿ويملك المستأجر ما يحصل من ذلك في تلك المدّة﴾ لأنّه نماء عمله المملوك له، فهو ـ في الحقيقة ـ كالعبد المملوك الذي يكون لسيّده.

نعم، قد يشكل ذلك: بأنّه لا يتمّ بناءً على عدم قبول هذه الأشياء للنيابة ـ الذي صرّح به المصنّف في كتاب الوكالة[1] ـ وأنّه يملكها

---

(١) شرائع الإسلام: الوكالة / الفصل الثاني ج ٢ ص ١٩٥.

المحيز وإن نواها للغير ، كما سمعته منه هنا مع التردّد في اعتبار النيّة .

ومن هنا صرّح في جامع المقاصد بـ«أنّه إذا جوّزنا التوكيل في هذه جوّزنا الإجارة عليه ، وإن منعناه منعنا الإجارة» حاكياً له عن صريح التذكرة ، قال : «وظاهر الشرائع في كتاب الشركة صحّة الاستئجار مطلقاً ؛ نظراً إلى أنّه بالإجارة تصير منافع الأجير مملوكة للمستأجر ، فيملك ما حازه . ويضعّف : بأنّه على القول بعدم صحّة التوكيل في الحيازة لا يتصوّر صحّة الإجارة»[1].

قلت : قد يمنع التلازم ، ويكون حينئذٍ ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالإجارة ، وهو غير التملّك بالنيابة في الحيازة ، فتأمّل جيّداً .

والأمر سهل عندنا بعد ما عرفت أنّ المختار عندنا صحّة التوكيل ↑ ج ٢٦ / ٣٣٤
واعتبار النيّة بالمعنى الذي أسلفناه .

هذا كلّه لو ضبط العمل بالمدّة .

﴿و﴾ أمّا ﴿لو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصحّ؛ لعدم الثقة
بحصوله غالباً﴾ بناءً على اشتراط ذلك فيها ، كما عرفت نظيره في ↑ ج ٢٦ / ٣٣٥
البيع[2]، وتعرف تمامه في كتاب الإجارة[3]، والله الموفّق والمعين .

---

(١) جامع المقاصد: الوكالة / في متعلّقها ج ٨ ص ٢١٨ ـ ٢١٩.

(٢) في ج ٢٣ ص ٦٤٩.

(٣) في ج ٢٨ ص ٥٧١...

كتاب

المضاربة

﴿كتاب المضاربة﴾

«من الضرب في الأرض؛ لضرب العامل فيها للتجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأنّ الضرب مسبّب عنهما؛ طرداً لباب المفاعلة في طرفي الفاعل، أو من ضرب كلّ منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من ضرب المال وتقليبه» كذا قيل[1].

ولعلّ الأولى من ذلك في تحقّق المفاعلة: ضرب كلّ منهما فيما هو للآخر من المال والعمل.

ويقال للعامل: «مضارب» بكسر الراء؛ لأنّه الذي يضرب في الأرض.

ولم نعثر على اشتقاق أهل اللغة اسماً لربّ المال من «المضاربة» التي هي لغة أهل العراق[2].

فأمّا أهل الحجاز فيسمّونه «قراضاً»[3] من القرض: بمعنى القطع[4]،

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / المقدّمة ج ٤ ص ٣٤٣.

(٢) الزاهر: باب القراض ص ٢٤٨.

(٣) النهاية (لابن الأثير): ج ٤ ص ٤١ (قرض).

(٤) الصحاح: ج ٣ ص ١١٠١ (قرض).

الذي منه «المقراض»، فكأنّ صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلّمها للعامل، الذي أقطع له قطعة من الربح.

أو من المقارضة: بمعنى المساواة والموازنة، يقال: «تقارض الشاعران» إذا وازن كلّ منهما الآخر بشعره. ومنه: «قارِض الناس ما قارضوك، فإن تركتهم لم يتركوك»[1]؛ بمعنى: ساوهم فيما يقولون، ولمّا كان العمل من العامل والمال من المالك فقد تساويا وتوازنا.

أو لاشتراكهما في الربح وتساويهما في أصل استحقاقه، وإن اختلفا في كمّيّته.

ويقال للعامل هنا: مقارَض بالفتح، وللمالك بالكسر. والأمر في ذلك كلّه سهل؛ لعدم الثمرة المعتدّ بها على ذلك.

إنّما الكلام فيما ذكره في المسالك ـ تبعاً للتذكرة[2] ـ قال: «واعلم: أنّ من دفع إلى غيره مالاً ليتّجر به، فلا يخلو: إمّا أن يشترطا كون الربح بينهما أو لأحدهما أو لا يشترطا شيئاً، فإن شرطاه بينهما فهو قراض، وإن شرطاه للعامل فهو قرض، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة، وإن ↑ ج ٢٦/٣٣٦
لم يشترطا شيئاً فكذلك إلّا أنّ للعامل أُجرة المثل»[3].

وفيه: منع تحقّق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة؛ إذ أقصاه كونها من القسم الفاسد، لا أنّها من القرض المحتاج إلى إنشاء

---

(١) جواهر العقود: ج ١ ص ١٩٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: القراض / في الماهيّة ج ١٧ ص ٥.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / المقدّمة ج ٤ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤.

تمليك المال بعوض في الذمّة. وقصد كون الربح للعامل أعمّ من ذلك، وإن كان هو من اللوازم الشرعيّة لملك المال.

ودعوى: الاكتفاء بقصد ذلك في تحقّقه؛ لفحوى الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام: «... من ضمن تاجراً فليس له إلّا رأس ماله، وليس له من الربح شيء»[١]. والموثّق عن أبي جعفر عليه السلام: «من ضمّن مضاربه فليس له إلّا رأس المال، وليس له من الربح شيء»[٢]. إذ كما أنّ التضمين من لوازم القرض، فكذا الاختصاص بالربح.

يدفعها: أنّ المتّجه ـ بعد تسليم مضمونهما، وعدم رجحان معارضهما عليهما ـ الاقتصار على ذلك فيما خالف الضوابط الشرعيّة.

ولو فرض عدم إرادة الفاضل والشهيد ذلك ـ بل مرادهما: أنّ الدفع المجرّد عن عنوان خاصّ يقتضي الحكم عليه بذلك ـ كان فيه أيضاً: منع تحقّق القرض شرعاً وعرفاً بذلك؛ لما عرفت. وأصالة الصحّة لا تصلح قرينةً على صرف الظاهر، مع أنّه لا يتمّ في المعلوم خلوّه عن هذا القصد.

نعم، يمكن إرادتهما: بيان حال كلّ من القراض والقرض والبضاعة

---

(١) الكافي: المعيشة / باب ضمان المضاربة ح ٣ ج ٥ ص ٢٤٠. تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٢٥ ج ٧ ص ١٩٠. وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب المضاربة ح ١ ج ١٩ ص ٢٢.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٦ ص ١٨٨. والاستبصار: البيوع / باب ٨٤ أنّ المضارب يكون له الربح ح ٣ ج ٣ ص ١٢٦، و«الوسائل» في الهامش السابق: ح ٢ ص ٢٣.

في حدّ ذاته ، إلاّ أنّ المراد تحقّقه على الوجه المزبور . وحينئذٍ يخرج عمّا نحن فيه .

ثمّ إنّ ظاهر العبارة المزبورة الفرق بين فردَي البضاعة : باستحقاق الأجر في الثاني دون الأوّل الذي نسب عدم الأجر فيه إلى ظاهر الأصحاب في الرياض ، بل قال : «هو حسن إن لم يكن هناك قرينة من عرف أو عادة بلزومه ، وإلاّ فالمتّجه لزومه»[١].

قلت : لا يخفى عليك عدم وضوح الفرق بينهما ؛ إذ التصريح في الأوّل منهما بكون الربح بأجمعه للمالك أعمّ من التبرّع بالعمل وعدم إرادة الأجر عليه . فالتحقيق حينئذٍ : عدم الفرق بينهما ، وأنّ العامل يستحقّ الأجر فيهما .

وقيام احتمال التبرّع لا يدفع أصالة احترام عمل المسلم المأذون
فيه من المالك ، فضلاً عن الواقع بأمره واعترافه ، من غير فرق في ذلك ↑ ج ٢٦ / ٣٣٧
بين الوقوع بصورة المضاربة وغيرها ما لم يعلم منه إرادة التبرّع ، ولا بين كون العامل من المعدّين لأخذ الأُجرة ـ كالسمسار ونحوه ـ وغيره ، مع فرض كون العمل ممّا له أُجرة في العادة .

بل مقتضى الأصل المزبور : استحقاق الأُجرة على العمل المأذون فيه وإن لم ينو العامل الرجوع بها ، بل يكفي عدم قصده التبرّع .

ولعلّه إلى ذلك أشار الفاضل المقداد في شرح النافع ، قال في

---

(١) رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٣٤.

البضاعة: «فإن قال ـ أي المالك ـ مع ذلك: لا أُجرة لك، فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه بأُجرة. وإن قال: ولك أُجرة كذا؛ فإن عيّن عملاً مضبوطاً بالمدّة أو العمل فذاك إجارة، وإن لم يعيّن فجعالة، وإن سكت فإن تبرّع العامل بالعمل فلا أُجرة له، وإن لم يتبرّع وكان ذلك الفعل له أُجرة عرفاً فله أُجرة مثله»[١].

ومن ذلك يعرف ما في كلام الرياض الذي حكيناه عنه، بل وفيما ذكره سابقاً[٢] في دفع إشكال استحقاق الأُجرة، فلاحظ وتأمّل.

وكيف كان، فقد علم ممّا ذكرنا: أنّ المضاربة دفع الإنسان إلى غيره مالاً ليعمل فيه بحصّة من ربحه، ولكن يتبعها أحكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة وغيرها، كالغصب وأُجرة المثل ونحوهما.

والظاهر أنّه المراد ممّا في المسالك من أنّ «عقد القراض مركّب من عقود كثيرة؛ لأنّ العامل ـ مع صحّة العقد وعدم ظهور ربح ـ ودعيّ أمين، ومع ظهوره شريك، ومع التعدّي غاصب، وفي تصرّفه وكيل، ومع فساد العقد أجير»[٣].

لا أنّ المراد: إنشاء هذه العقود بإنشاء عقدها، وإلّا كان محلاً للنظر، مضافاً إلى ما في ذكر الغصب وأُجرة المثل والشركة في الربح في العقود.

---

(١) التنقيح الرائع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢١٣ ـ ٢١٤.

(٢) المصدر قبل السابق: ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / المقدّمة ج ٤ ص ٣٤٤.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿هو﴾ أي تمام البحث في كتاب المضاربة ﴿يستدعي بيان اُمور أربعة﴾:

[الأمر] ﴿الأوّل: في العقد﴾

الذي جعله في التذكرة[١] والقواعد[٢] من أركان هذه المعاملة، بل صرّح في التذكرة بأنّه «لابدّ فيها من لفظ يدلّ على الرضا». وظاهرهما ـ أو صريحهما ـ كغيرهما عدم مشروعيّة ما يشبه المعاطاة في البيع منها.

وهو وإن كان موافقاً لأصالة عدم ملك العامل الحصّة من الربح، إلّا أنّه مخالف لما دلّ على جوازها في البيع، ممّا هو مشترك بينه وبين المقام وغيره، من: السيرة المستمرّة، وصدق الاسم عرفاً و«تجارة عن تراضٍ»[٣]... ونحو ذلك ممّا هو كافٍ في المشروعيّة، وفي تخصيص نحو قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»[٤].

↑ ج ٢٦ / ٢٣٨

فالمتّجه ـ بناءً على ذلك ـ مشروعيّتها كذلك، وإن لم يكن المركّب من الإيجاب والقبول الفعليّين من عقدها. وعدم الثمرة المترتّبة بين معاطاتها وعقدها لجواز الفسخ فيهما، لا ينافي الحكم بمشروعيّتها

---

(١) تذكرة الفقهاء: القراض / في أركانه ج ١٧ ص ١١.

(٢) قواعد الأحكام: القراض / في أركانه ج ٢ ص ٣٣١.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٤) الكافي: المعيشة / باب الرجل يبيع ما ليس عنده ح ٦ ج ٥ ص ٢٠١، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب أحكام العقود ح ٤ ج ١٨ ص ٥٠.

على الوجه المزبور، وإن كان قد سلف منّا في البيع خلاف ذلك كلّه[1]، فلاحظ.

وعلى كلّ حال، فلا خلاف[2] في اعتبار اللفظ في إيجاب عقدها، وإن كان لا يتعيّن فيه لفظ مخصوص، بل يكفي فيه كلّ لفظ دالّ على إنشاء الرضا بها مستعمل في ذلك على النهج الصحيح؛ لأنّه المتعارف في كيفيّة عقدها، بل قد عرفت فيما مضى قوّة الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة، فضلاً عن الجائزة.

أمّا القبول: ففي التذكرة[3] وجامع المقاصد[4] والروضة[5]: الاكتفاء فيه بالفعل في تحقّق العقد. خلافاً لظاهر الفاضل في القواعد[6] وغيره[7]، بل صرّح به بعض العامّة[8].

بل في الرياض ـ بعد أن حكى عن التذكرة ذلك، وأنّه يظهر منها عدم الخلاف بيننا فيه وفي الاكتفاء في الإيجاب والقبول بكلّ لفظ ـ

---

(١) في ج ٢٣ ص ٣٨٩.

(٢) يظهر عدم الخلاف من الروضة البهيّة: كتاب المضاربة ج ٤ ص ٢١٢. وانظر قول صاحب الرياض الآتي قريباً.

(٣) تذكرة الفقهاء: القراض / في أركانه ج ١٧ ص ١١.

(٤) جامع المقاصد: القراض / في أركانه ج ٨ ص ٥٢.

(٥) الروضة البهيّة: كتاب المضاربة ج ٤ ص ٢١٢.

(٦) قواعد الأحكام: القراض / في أركانه ج ٢ ص ٣٣١.

(٧) كتحريرالأحكام: القراض / في أركانه ج ٣ ص ٢٤٤، والتنقيح الرائع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢١٥.

(٨) الوسيط: ج ٤ ص ١١٤، مغني المحتاج: ج ٢ ص ٣١٣ ـ ٣١٤.

قال: «فإن تمّ وإلّا فالأولى خلافه؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل ـ الدالّ على أنّ الربح تابع للمال وللعامل أُجرة المثل، المنطبق مع المضاربة تارةً، والمتخلّف عنها أُخرى ـ على المتيقّن؛ ولعلّه لذا اعتبر فيها التواصل بين الإيجاب والقبول والتنجيز وعدم التعليق على شرط أو صفة».

«وهو حسن على ما حقّقناه، ولكن على ما ذكره ـ من الاكتفاء بالفعل في طرف القبول وبكلّ لفظ فيه وفي طرف الإيجاب، بناءً على جواز العقد ـ مشكل. وسؤال الفرق بينه وبين اعتباره إيّاهما متّجه»[١].

وكأنّه أخذ ذلك أو بعضه من جامع المقاصد، فإنّه ـ بعد أن حكى عن التذكرة اعتبار التواصل ـ قال: «وفيه نظر؛ لأنّ ذلك معتبر في العقود اللازمة خاصّة، دون الجائزة من الطرفين، وسيأتي التصريح بذلك في الوكالة»[٢]. ج ٢٦ ٣٣٩

قلت: لا يخفى عليك ما في ذلك كلّه بناءً على تحقّق المضاربة في المركّب من الفعلين إيجاباً وقبولاً، فضلاً عن محلّ الفرض، وأقصاه أنّه لا يكون عقد مضاربة، وإلّا فهو مشروع يترتّب عليه أحكام المضاربة.

مع أنّه يمكن القول بتحقّق العقد أيضاً بالقبول الفعلي بناءً على تعارف عقدها بذلك بين المتشرّعة، ومثله كافٍ في ذلك، لكن لا ثمرة مهمّة هنا ـ بعد فرض المشروعيّة ـ بين كون هذه الكيفيّة عقداً أو لا؛

(١) رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في أركانه ج ٨ ص ٥٤.

لما سمعته من عدم الفرق بينهما في الجواز وغيره من أحكامها.

نعم، بناءً على عدم مشروعيّة التعاطي فيها يتّجه حينئذٍ البحث في الفرض، ولعلّ المانع فيه مستظهرٌ ما لم يثبت تعارف كيفيّة عقدها بذلك. لكن قد عرفت التحقيق إن لم يكن ثَمَّ إجماع بخلافه، ودونه خرط القتاد، وإن كان كثير من كلماتهم تفيد الناظر فيها تشويشاً، على نحو ما في بعض كتب العامّة.

أمّا غير ذلك ممّا يعتبر في غيرها من العقود ـ كالتواصل والتنجيز ـ فيبقى على مقتضى ما دلّ على اعتباره، الذي لا فرق فيه بين الجائز واللازم؛ ضرورة كونه من كيفيّات العقد. والتوسّع في العقود الجائزة بالنسبة إلى الاكتفاء في إيجابها ـ مثلاً ـ بكلّ لفظ لا يقتضي التوسّع فيها بالنسبة إلى ذلك. وثبوته في الوكالة للدليل لا يقتضي الثبوت في غيرها بعد حرمة القياس.

هذا كلّه في التواصل، أمّا التنجيز فلا ريب في اعتباره؛ لاتّحاد الطريق فيها وفي العقد اللازم، كما حقّقناه في محلّه، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿هو جائز من الطرفين، لكلّ واحد منهما فسخه، سواء نضّ المال﴾ بأن صار دراهم أو دنانير ﴿أو كان به عروض﴾ بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه[1]. وهو الحجّة في

---

(١) ينظر مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٤٤، ومجمع الفائدة والبرهان: الإجارة / في المضاربة ج ١٠ ص ٢٤٠، وكفاية الأحكام: المضاربة / الأمر الأوّل ج ١ ص ٦٢٤، والحدائق الناضرة: المضاربة / في العقد ج ٢١ ص ٢٠٤، ورياض المسائل: ←

الخروج عن قاعدة اللزوم.

لكن ذكر غير واحد أنّه «إن كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح فلا شيء له، وإن كان المالك ضمن للعامل أُجرة المثل إلى ذلك الوقت؛ صوناً للعمل المحترم من الخلوّ عن الأجر».

«مع احتمال العدم؛ للأصل، وإقدام العامل عليه بمعرفته جواز العقد، وإمكان فسخه قبل ظهور الربح بل وبعده مع تحقّق الوضيعة المستغرقة له؛ لكونه وقاية لرأس المال»[١].

↑ ج ٢٦ / ٣٤٠ قلت: قد يقال: إنّ قاعدة احترام عمل المسلم المأذون فيه ـ التي قدّمناها سابقاً ـ تقتضي استحقاق الأُجرة في الأوّل ـ كما عن التذكرة[٢] ـ فضلاً عن الثاني، ما لم يكن إجماع. والإقدام على جواز العقد أعمّ من الإقدام على التبرّع.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لو اشترط فيه﴾ أي عقد المضاربة ﴿الأجل لم يلزم﴾ العقد مدّته على أحد منهما، فيصحّ لكلّ منهما فسخه قبله؛ بلا خلاف أجده فيه؛ للأصل وغيره.

نعم، في المسالك[٣] وغيرها[٤] ـ بعد تفسير العبارة ونحوها

← كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٣٤.

(١) التنقيح الرائع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢١٥. جامع المقاصد: القراض / في التفاسخ ج ٨ ص ١٤٨ ـ ١٤٩ و١٥٣. رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٣٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: القراض / في التفاسخ ج ١٧ ص ١٣٣.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٤٤.

(٤) كالحدائق الناضرة: المضاربة / في العقد ج ٢١ ص ٢٠٥.

بما سمعت ـ قال: «لكنّ العقد والشرط صحيحان: أمّا الشرط ففائدته المنع من التصرّف بعده؛ لأنّ التصرّف تابع للإذن ولا إذن بعده، وأمّا العقد فلأنّ الشرط المذكور لم ينافِ مقتضاه؛ إذ ليس مقتضاه الإطلاق».

قلت: قد يراد من العبارة عدم الصحّة من نفي اللزوم؛ بقرينة قوله متّصلاً بها: ﴿لكن لو قال: إن مرّت بك سنة ـ مثلاً ـ فلا تشتر بعدها وبع، صحّ﴾ عندنا ﴿لأنّ ذلك من مقتضى العقد﴾ الذي هو تسلّط ربّ المال على فسخ القراض متى شاء، وعلى منع العامل عمّا يشاء من النوع والزمان والمكان؛ ضرورة ظهور الاستدراك فيه في أنّ الأوّل ليس كذلك، بل هو من أفراد المسألة التي ذكرها بقوله ـ أيضاً ـ: ﴿وليس كذلك لو قال: على أنّي لا أملك فيها﴾ أي السنة ﴿منعك﴾ فإنّه شرط باطل ﴿لأنّ ذلك منافٍ لمقتضى العقد﴾ بل المشهور ـ كما قيل[1] ـ بطلان العقد معه.

فالتحقيق حينئذٍ أن يقال: إن اُريد باشتراط الأجل المعنى الأوّل صحّ، وإن اُريد به المعنى الثاني بطل وأبطل، كما صرّح به غير واحد[2]، بل لم أجد خلافاً هنا في بطلانه.

وزاد في القواعد وجامع المقاصد: اشتراط ضمان العامل المال، أو

---

(١) كما في الروضة البهيّة: كتاب المضاربة ج ٤ ص ٢١٣، والحدائق الناضرة: (انظر الهامش السابق).

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٤٤ ـ ٣٤٥، والسبزواري في الكفاية: المضاربة / الأمر الأوّل ج ١ ص ٦٢٥، والطباطبائي في الرياض: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٣٦.

إلزامه بحصّة من الخسارة.

إلّا أنّه قد يناقش في ذلك إن أُريد بها الكناية عن اللزوم مثلاً بالعارض ولو بالشرط، لا أنّ المراد به ما ينافي حكمها شرعاً، فإنّه لا إشكال في البطلان حينئذٍ.

إنّما المناقشة في الأوّل: بمنع كونها من منافيات مقتضى العقد، المراد به ما يعود على العقد بالنقض، ولا ريب في عدم منافاة اللزوم
↑ لعقد المضاربة؛ إذ هو كالجواز في العقد اللازم، الذي لا إشكال في
ج ٢٦ / ٣٤١ صحّة اشتراطه.

ومن هنا كان له شرطه ـ أي اللزوم ـ في العقد الجائز بعقد لازم آخر، ولو أنّه من المنافي لمقتضاه لم يصحّ ذلك؛ إذ هو كاشتراط عدم الملك في البيع، ونظيره هنا: عدم ملك العامل الحصّة من الربح، لا اشتراط اللزوم في المضاربة.

وكذا الكلام في الضمان الذي لا ينافي كون الشيء أمانة؛ فإنّ كثيراً من الأمانات مضمونة، كعارية الذهب والفضّة والعارية المشترط فيها ذلك والمقبوض بالسوم ... وغير ذلك، بل ستسمع ضمان العامل في كثير من صور المضاربة، بل وكذا الكلام في اشتراط إلزام العامل حصّة من الخسارة، فإنّ جميع هذه الأُمور من الأحكام أو ممّا هو مقتضى إطلاق العقد، لا أنّها من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقض، فتأمّل جيّداً.

بقي شيء: وهو أنّه قد صرّح الفاضل في القواعد[١] وتبعه في جامع المقاصد[٢]: بصحّة شرط المالك على العامل المضاربة في مال آخر، أو أخذ بضاعة منه أو قرض، أو خدمة في شيء بعينه، معلّلاً له الثاني منهما[٣] بعموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»[٤]، وقوله: «المؤمنون عند شروطهم»[٥].

لكن عن ابن البرّاج: الجزم بفساد العقد والشرط[٦]، وكذا عن المبسوط، إلّا أنّه قال أخيراً: «ولو قلنا: القراض والشرط جائز لكن لا يلزم الوفاء به كان قويّاً»[٧].

ثمّ إنّه في جامع المقاصد قد حكى عن التحرير عدم لزوم الوفاء به، ثمّ قال: «وهو حقّ؛ فإنّ العقد جائز من الطرفين، لكن لم يذكروا حكم ما إذا عمل العامل ولم يف بالشرط فظهر ربح. والذي يقتضيه النظر: أنّ للمالك الفسخ بفوات ما جرى عليه التراضي، فيكون للعامل أُجرة المثل وللمالك الربح».

إلى أن قال: «ولو شرط ذلك من طرف العامل على المالك فالحكم

---

(١) قواعد الأحكام: القراض / في أركانه ج ٢ ص ٣٣٢.
(٢) جامع المقاصد: القراض / في أركانه ج ٨ ص ٥٦.
(٣) المصدر السابق: ص ٥٥.
(٤) سورة المائدة: الآية ١.
(٥) تقدّم في ص ٣٨٧.
(٦) المهذّب: كتاب المضاربة ج ١ ص ٤٦٦.
(٧) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٧.

كما هنا بغير تفاوت ، إلّا أنّ الفسخ هنا بعد العمل ـ إذا لم يحصل الوفاء ـ يكون للعامل ؛ لأنّه إنّما رضي بالحصّة القليلة مع هذا الشرط»[1].

قلت : لا يخفى عليك ما في الذي جعله مقتضى النظر ، فإنّ التزام تسلّط المالك والعامل بعد العمل على الفسخ بفوات الشرط ، وأخذ المالك تمام الربح والعامل أُجرة المثل ، ممّا لا يمكن التزام فقيه له . ↑ ج ٢٦ / ٣٤٢

فالتحقيق : عدم مدخليّة الشرط في ذلك ، إنّما الكلام في حكمه بالنسبة إلى وجوب الوفاء به وعدمه :

فيحتمل الأوّل لكن بمعنى : الوجوب المشروط بالبقاء على العقد وعدم إنشاء فسخه ؛ لكونه حينئذٍ كنفس مقتضى العقد ، إذ هو من توابعه . وبهذا المعنى يندرج في قوله تعالى : «أوفوا بالعقود»[2] ـ بناءً على كون المراد منه : الأمر بالوفاء بمقتضى كلّ عقد لم يحصل له فاسخ جائز ولازم ـ وفي قوله : «المؤمنون عند شروطهم»[3].

ويحتمل الثاني لا بمعنى : تسلّطه على فسخ العقد ، بل على معنى : عدم وجوب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد ؛ للأصل السالم عن معارضة الآية المراد منها : العقود اللازمة ؛ لظهور الأمر فيها بالوجوب المطلق . وكذا قوله صلى الله عليه وآله : «المؤمنون عند شروطهم» المراد منه : بيان صحّة أصل الاشتراط ، وأمّا اللزوم وعدمه فيتبع العقد الذي تضمّن الشرط ، فإن

---

(١) جامع المقاصد: القراض / في أركانه ج ٨ ص ٥٦ ـ ٥٧.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) تقدّم في ص ٣٨٧.

كان لازماً وجب الوفاء بالشرط ـ لكونه حينئذٍ من توابع العقد ـ وإلّا لم يجب، بل يكون حينئذٍ شبه الوعد.

ولعلّ هذا هو مراد الشيخ[1] والفاضل في التحرير[2] من المحكي عنهما، لا أنّ المراد: عدم لزوم الوفاء بالعقد باعتبار جواز العقد، وإلّا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد.

إذ هو ـ كما ترى ـ لا دليل عليه، بل المعلوم خلافه؛ ضرورة عدم كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد، فإنّ من استودع أو وكّل أو استعار أو ضارب ـ أي جاء بعقد من هذه العقود ـ لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك، فيأخذ الوديعة ـ مثلاً ـ ويفعل ما وكّل ويتناول العارية ويأخذ عين مال القراض، فالشرط أولى.

ومنه يعلم حينئذٍ: أنّه هو مراد الشيخ والفاضل فيما ذكراه من عدم لزوم الوفاء به، وهو لا يخلو من قوّة، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لو اشترط﴾ على العامل ﴿أن لا يشتري إلّا من زيد، أو لا يبيع إلّا على عمرو، صحّ﴾ لأنّ «الناس مسلّطون على أموالهم»[3].

﴿وكذا لو قال﴾ له: ﴿على أن لا تشتري إلّا الثوب الفلاني﴾ مثلاً

(١ و٢) تقدّم المصدر لقول الشيخ، وانظر تحرير الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٣ ص ٢٦١.

(٣) تقدّم في ص ٣٦٤.

ج ٢٦ / ٣٤٣

﴿أو ثمرة البستان الفلاني، سواء[١] كان وجود ما أشار إليه عامّاً أو نادراً﴾ لما عرفت. خلافاً لبعض العامّة: فلم يجوّز الأخير[٢] ﴿و﴾ هو واضح الضعف.

نعم ﴿لو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه، كالشجر أو الغنم، قيل[٣]: يفسد﴾ بل لم أجد من جزم بالصحّة من أصحابنا، وذلك ﴿لأنّ مقتضاه﴾ أي القراض: الاشتراك في الربح الحاصل من ﴿التصرّف في رأس المال﴾ ـ وإن تبعه النماء أيضاً في بعض الأحوال ـ لا حصره في الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه، لا أقلّ من الشكّ في تناول الإطلاقات له والأصل الفساد.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردّد﴾: ممّا سمعت، ومن إمكان منع اعتبار ذلك في القراض، الذي هو: دفع المال من ربّه والعمل من العامل والاشتراك فيما يحصل من ذلك، سواء كان نماء فعل أو مال؛ إذ هو ـ أيضاً ـ متسبّب[٤] من فعل العامل الذي هو شراء ذي النماء. لكن يقوى في النظر الأوّل.

---

(١) في نسخة الشرائع: وسواء.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١٨٤، المجموع: ج ١٤ ص ٣٦٩، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٣٨٤ ـ ٣٨٥، حلية العلماء: ج ٥ ص ٣٤٥.

(٣) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧١، السرائر: باب المضاربة ج ٢ ص ٤١٣، الجامع للشرائع: باب المضاربة ص ٣١٧، قواعد الأحكام: القراض / في أركانه ج ٢ ص ٣٣٥، إيضاح الفوائد: القراض / في أركانه ج ٢ ص ٣١٠.

(٤) في بعض النسخ بدلها: مسبّب.

نعم، لو قال له: «اشتره، وما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نمائه فهو بيننا» فالأقوى الصحّة؛ لإطلاق الأدلّة، كما أنّه لو اتّفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها شارك في النماء قطعاً. ودعوى اعتبار شراء مع بيع ـ ولو مرّة ـ في المضاربة، واضحة المنع.

وبذلك ظهر لك: أنّ لشركة العامل في النماء صوراً ثلاثة، إحداها: معلومة الصحّة، والثانية: مظنونة، والثالثة: يشكّ في شمول الإطلاق لها والأصل الفساد، كما أنّه ظهر لك من ذلك ما في المسالك وغيرها، فلاحظ وتأمّل.

﴿وإذا أذن له في التصرّف﴾ بمعنى: أنّه عقد معه عقد المضاربة ـ مثلاً ـ وأطلق ﴿تولّى بإطلاق الإذن﴾ المستفادة من العقد ما يعتاد بالنسبة إلى مثل تلك التجارة ومثل ذلك العامل في مثل ذلك المكان والزمان ﴿ما يتولّاه المالك﴾ وغيره ﴿من عرض القماش، والنشر، والطيّ، وإحرازه، وقبض الثمن، وإيداعه الصندوق، واستئجار من جرت العادة باستئجاره كالدلّال والوزّان والحمّال﴾ وغير ذلك ممّا لا يمكن تحديده بالتعداد ﴿عملاً بالعرف﴾ الذي هو الضابط لذلك.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿لو استأجر لـ﴾ـمثل ﴿الأوّل﴾ الذي جرت العادة بمباشرته ﴿ضمن الأُجرة﴾ بل يمكن ضمانه العين لو فرض تلفها بذلك. ↑ ج ٢٦ / ٣٤٤

﴿ولو تولّى الأخير﴾ الذي جرت العادة بالاستئجار له ﴿بنفسه﴾ قاصداً للتبرّع ﴿لم يستحقّ أُجرة﴾ أمّا مع قصد الرجوع فقد

يقوى استحقاقها، بناءً على تناول الوكالة لمثل نفسه، بل قد يقوى استحقاقه إيّاها مع الخلوّ عن القصد؛ لقاعدة احترام عمل المسلم المتقدّمة، والله العالم.

ولا ينفق العامل في الحضر عندنا شيئاً من مال القراض ﴿و﴾ إن قلّ، حتّى فلس السقّاء؛ لأصالة حرمة التصرّف في مال الغير.

نعم، له أن ﴿ينفق في﴾ حال ﴿السفر كمال نفقته﴾ من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ... ونحو ذلك ممّا هو داخل في النفقة ﴿من أصل المال على الأظهر﴾ الأشهر[1]، بل المشهور[2]، بل في التذكرة: نسبته إلى علمائنا[3]، بل في محكيّ الخلاف: الإجماع عليه[4]. وهو الحجّة بعد:

صحيح عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام في المضارب: «ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»[5].

---

(١) كما في مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٤٨، وكفاية الأحكام: المضاربة / الأمر الأوّل ج ١ ص ٦٢٦، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٥٠ ج ٣ ص ٩٢.

(٢) كما في جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١١١، ومجمع الفائدة والبرهان: الإجارة / في المضاربة ج ١٠ ص ٢٤٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ٩٩.

(٤) الخلاف: القراض / مسألة ٦ ج ٣ ص ٤٦١ ـ ٤٦٢.

(٥) الكافي: المعيشة / باب ضمان المضاربة ح ٥ ج ٥ ص ٢٤١، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٣٣ ج ٧ ص ١٩١، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب المضاربة ح ١ ج ١٩ ص ٢٤.

ونحوه خبر السكوني عن أميرالمؤمنين عليه السلام[١].

خلافاً للمحكي عن بعض: من كون جميع نفقته على نفسه[٢] كالحضر؛ للأصل المقطوع بما عرفت، فالعمل عليه حينئذٍ كالاجتهاد في مقابلة النصّ.

نعم، عن آخر: أنّ له تفاوت ما بين نفقة السفر والحضر[٣]. وهو مخالف لظاهر النصّ ـ أيضاً ـ المعتضد بما سمعت.

والمراد بالسفر هنا: العرفي، لا الشرعي الذي هو في الحقيقة أحد أفراد السفر قد علّق الشارع عليه بعض الأحكام الخاصّة، كقصر الصلاة والإفطار ... ونحوهما، كما أنّه أجرى أحكام الحضر عليه مع الإقامة والتردّد ثلاثين يوماً، وإن بقي معهما صدق اسم «السفر» الذي يجري عليه الحكم هنا لكونه عنوانه، يدور معه وجوداً وعدماً.

نعم، في المسالك[٤] وغيرها[٥]: «يجب الاقتصار منه على ما يحتاج إليه للتجارة، فلو أقام زيادةً عنه فنفقته عليه خاصّة». قلت: هو كذلك ما لم يكن لخوف طريق ـ مثلاً ـ أو حبس ظالم ... أو نحو ذلك ممّا يتعلّق بالتجارة.

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٩. و«الوسائل»: ذيل المصدر في الهامش السابق.

(٢) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٢.

(٣) كشف الرموز: كتاب المضاربة ج ٢ ص ١٤.

(٤) مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٤٨.

(٥) كالتنقيح الرائع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢١٩. وكفاية الأحكام: المضاربة / الأمر الأوّل ج ١ ص ٦٢٦. والحدائق الناضرة: المضاربة / في العقد ج ٢١ ص ٢١١.

ج ٢٦ / ٣٤٥

ولذا قال في التذكرة: «لو أقام في طريقه فوق مدّة المسافرين في بلد للحاجة ـ لجباية[1] المال، أو لانتظار الرفقة ... أو لغير ذلك من المصالح لمال القراض ـ كانت النفقة على مال القراض أيضاً؛ لأنّه من مصلحة القراض».

«أمّا لو أقام للراحة أو للتفرّج أو لتحصيل مال له أو لغير مال القراض، فإنّه لا يستحقّ عن تلك المدّة شيئاً من مال القراض للنفقة»[2].

أمّا لو أقام للتجارة ولأمر آخر ـ بحيث يكون كلّ منهما علّة تامّة في المكث، ففي اختصاص النفقة في مال القراض للإطلاق، وعدمه للأصل، والتوزيع، أوجه أقواها الأوّل. كما أنّ أقواها الأخير لو تركّب الداعي منهما بحيث يكون كلّ منهما جزء العلّة.

والمراد بالنفقة: ما يحتاج إليه فيه؛ من مأكول ومشروب وملبوس ومركوب وآلات ذلك ـ كالقربة والجوالق[3] ـ وأُجرة المسكن ... ونحو ذلك ممّا هو داخل في اسم النفقة الآتي ـ إن شاء الله ـ تفصيلها في النفقات.

وحينئذٍ فليس المراد مؤونته المندرج فيها جوائزه وعطاياه

---

(١) في المصدر: كجباية.

(٢) تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ١٠٤.

(٣) الجوالق ـ بكسر الجيم واللام، وبضمّ الجيم وفتح اللام وكسرها ـ: وعاء. القاموس المحيط: ج ٣ ص ٣١٨ (جلق).

وضيافاته ... وغير ذلك ممّا مرّ بيانها في كتاب الخمس[١]. وبذلك يظهر لك أنّ معنى قوله عليه السلام : «ما أنفق» ما يذهب منه نفقةً له ، لا أنّ جميع ما يتلفه ، وهو الموافق للأصل .

نعم ، يراعى فيها ـ كغيرها من النفقات ـ ما يليق بحاله عادةً على وجه الاقتصاد ؛ فلو أسرف حسب عليه ، وإن قتّر لم يحسب له ؛ لأنّه لم ينفق ذلك .

وعلى كلّ حال ، فإذا عاد من السفر فما بقي من أعيان النفقة ـ ولو من الزاد ـ يجب ردّه على التجارة .

كلّ ذلك ما لم يشرط عليه عدمها ، وإلّا لم يجز للعامل ، ولو أذن له بعد ذلك فهو تبرّع محض .

ولو شرطها على المالك فهو تأكيد ، ويقوى حينئذٍ وجوب تعيينها حذراً من الجهالة ، بناءً على اعتبار عدمها في مثل المقام . ولعلّه لا يخلو من نظر .

بل ربّما قيل[٢] : بعدم وجوب ضبطها حتّى على الأوّل ؛ لكونها ثابتة بأصل الشرع ، فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل . وإن كان فيه ما لا يخفى ؛ ضرورة عدم رجوع ذلك إلى شيء من العقد مع عدم الاشتراط ، بخلافه معه .

ثمّ إنّ ظاهر النصّ والفتوى : عدم اعتبار ثبوت ربح في النفقة ، بل

---

(١) تقدّم في ج ١٦ ص ٣٧١ فما بعدها.

(٢) كما في مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٤٩.

ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح، لكن لو ربح بعد ذلك أُخذت
↑ من الربح مقدّمة على حقّ العامل؛ ضرورة كون ذلك كالخسارة اللاحقة
ج ٢٦ / ٣٤٦ للمال التي يجب جبرها بما يتجدّد من الربح، كما أومأ إليه في التذكرة بقوله: «والقدر المأخوذ في النفقة يحسب من الربح، وإن لم يكن هناك ربح فهو خسران لحقّ المال»(١).

وكذا في المسالك قال: «ولا يعتبر في النفقة ثبوت ربح، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح، وإن قصر المال. نعم، لو كان ربح فهي منه مقدّمة على حقّ العامل»(٢).

لكن في الرياض: «ولا يعتبر في ثبوتها حصول الربح، بل ينفق ولو من الأصل؛ لإطلاق الفتوى والنصّ، ومقتضاهما: الإنفاق من الأصل ولو مع عدم(٣) حصول الربح. ولكن ذكر جماعة أنّها منه دون الأصل، وعليه فلتقدّم على حصّة العامل»(٤).

وهو من غرائب الكلام إن أراد بالأوّل إخراجها من الأصل حتّى لو تجدّد بعد ذلك ربح، خصوصاً بعد ما سمعته من الفاضل وثاني الشهيدين من أنّها منه مقدّمة على حقّ العامل وإن قلنا بخروجها من الأصل حال عدم الربح.

---

(١) تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ١٠٤.

(٢) المصدر قبل السابق.

(٣) ليست في المصدر.

(٤) رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٤١.

فالتحقيق حينئذٍ: ما عرفته من أنّه ينفق ولو من أصل المال، لكن متى تجدّد ربح جبر المال بمقدار ما أنفق منه، ثمّ إن بقي ربح أخذ حصّته وإلّا فلا، وهو الموافق للتأمّل في النصّ والفتاوى، لا ما سمعته منه، ولا أنّه ينفق حال عدم الربح من أصل المال وحال وجود الربح منه من غير جبر للأوّل.

نعم، إن لم يكن ثَمَّ إجماع أمكن القول: بأنّ النفقة إنّما تكون للعامل حيث يكون ربح في المال يحتملها أو بعضها، فتخرج حينئذٍ منه على المالك والمضارب، وإلّا فلا نفقة له، كما أنّ نفقته حال الحضر من نصيبه خاصّة.

ولعلّه أوفق بالأصل والنصّ، إلّا أنّا لم نجده قولاً لأحد، وإن أراد ذلك في الرياض بما حكاه عن جماعة كان مطالباً بتعيينهم، كما لا يخفى على من لاحظ وتأمّل.

وعلى كلّ حال، فإنّما يستحقّ العامل النفقة في السفر المأذون فيه، فلو سافر إلى غيره ـ أي بتجاوز المأذون ـ أو إلى غير جهته فلا نفقة، وإن كانت المضاربة باقية، هذا.

وفي المسالك[١] وغيرها[٢]: «أنّ مؤونة المرض والموت في السفر محسوبتان على العامل خاصّة؛ لأنّهما لم يتعلّقا بالتجارة». وهو كذلك بالنسبة إلى الموت، بل والمرض إذا كان على وجهٍ لا عمل له في المال

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٤٩.

(٢) كجامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١١٥، والحدائق الناضرة: المضاربة / في العقد ج ٢١ ص ٢١٢، ومفتاح الكرامة: القراض / في الأحكام ج ٢٠ ص ٥٩٥.

ج ٢٦ / ٣٤٧ معه، أمّا إذا كان مرضاً لا يمنعه من العمل بالمال فلا ريب في استحقاقه النفقة في تلك الحال.

نعم، قد يشكل دخول مثل الدواء ونحوه في النفقة، وقد حقّقنا ذلك في النفقات من كتاب النكاح[١] من أراده فليلحظه، فإنّ الظاهر اتّحاد البحث في المقامين بالنسبة إلى ذلك.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو كان لنفسه مال غير مال القراض، فالوجه﴾ عند المصنّف وجماعة[٢]: ﴿التقسيط﴾ لأنّ السفر لأجلهما، فنفقته عليهما.

وهل هو على نسبة المالين أو العملين؟ وجهان، أجودهما في المسالك[٣] ـ تبعاً لجامع المقاصد[٤] ـ الأوّل؛ لأنّ استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ولا نظر إلى العمل؛ ومن هنا اتّجه تفريع المصنّف ذلك على ما ذكره أوّلاً.

لكن أورد عليه في الأخير: «أنّه يقتضي أن لا يستحقّ نفقة أصلاً لو أخذ مضاربة في حال السفر»[٥].

---

(١) يأتي في ج ٣٢ بحث نفقة الزوجة / في مقدارها ذيل قول المصنّف: «وفي تقدير الإطعام خلاف؛ فمنهم من قدّره بمدّ...».

(٢) كالشيخ في المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٣، والعلّامة في التحرير: القراض / في أركانه ج ٣ ص ٢٤٩، والمقداد في التنقيح: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢١٩، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٥٠ ج ٣ ص ٩٢.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٤٩.

(٤) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١١٢.

(٥) المصدر السابق.

ثمّ إنّ الظاهر: جريان التقسيط على القول الآخر الذي هو وجوب ما زاد على نفقة الحضر؛ ضرورة كونها حينئذٍ هي التي تقسّط على المالين أو العملين.

فما عن فخر المحقّقين[١] ـ من عدم جريان ذلك على هذا القول، بل تكون النفقة على نفسه، لكونه كالحاضر، باعتبار اشتغاله بمال نفسه، وإن استصحبه مال القراض ـ غير واضح. والتعليل المذكور يسقطها على القول الآخر أيضاً.

ومن هنا حكي عن السيّد العميد أنّه جعل احتمالي سقوط النفقة وثبوت التفاوت بين حالي الحضر والسفر خاصّة ـ في عبارة القواعد[٢] ـ من توابع الفرض، وهو ما لو كان معه مال آخر لنفسه[٣].

وربّما يؤيّد الاحتمال الأوّل: بظهور خبر النفقة[٤] في الذي ليس معه إلّا مال المضاربة، فبقي محلّ الفرض مندرجاً تحت الأصل.

نعم، يندرج في النصّ: المضارب الذي معه مضاربات متعدّدة؛ ضرورة صدق كونه مضارباً. والتوزيع حينئذٍ متّجه فيه: إمّا لأنّ قوله عليه السلام: «من جميع المال»[٥] يشمل مال الجميع على جهة النسبة، أو لأنّ اختصاصه بمال دون آخر ترجيح بلا مرجّح، مع

(١) إيضاح الفوائد: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣١٩.

(٢) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٤٠.

(٣) كنز الفوائد: الإجارة وتوابعها / في القراض ج ٢ ص ٧٤.

(٤) أي صحيح عليّ بن جعفر الذي تقدّم في ص ٦٧٨.

(٥) تقدّم في صحيح عليّ بن جعفر في ص ٦٧٨.

↑ أنّ علّة الاستحقاق صدق وصف «المضاربيّة» المتحقّقة في الجميع،
ج ٢٦ / ٣٤٨ فلا عدل حينئذٍ إلّا التوزيع بعد تعذّر التكرار، وقيمة النفقة ليست نفقة، بل قد يدّعى انسياقه من أمثال ذلك، كما لا يخفى على من لاحظ نظائره في النفقات.

كما أنّه قد يدّعى انسياق ذلك أيضاً حتّى لو كان مال لنفسه مع مال القراض، لا سقوط النفقة؛ ضرورة صدق كونه مضارباً معه، إلّا أنّه لمّا كان السفر ليس للقراض خاصّة اتّجه التوزيع المزبور.

وعلى كلّ حال، ففي كونه على قدر الأموال أو الأعمال البحث السابق، هذا.

وفي المسالك ـ بعد أن ذكر التوزيع في القراضين ـ قال: «ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد شرطها على كلّ واحد منهما أو أطلق، بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين؛ لأنّ ذلك منزّل على اختصاص المشروط عليه بالعمل».

«هذا مع جهل كلّ واحد منهما بالآخر، أمّا لو علم صاحب القراض الأوّل بالثاني، وشرط على ماله كمال النفقة، جاز واختصّت به، ولا شيء على الثاني»[1].

وقد تبع بذلك الكركي، قال: «لو شرط في القراض النفقة فأخذ من آخر قسّط؛ لأنّ ذلك منزّل على اختصاصه بالعمل له، وكذا لو شرطا، ولو شرط أحدهما وأطلق الآخر فإن علم الأوّل بالقراض فالنفقة من

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٤٩.

ماله خاصّة ؛ عملاً بالشرط »[1].

وهو قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة ، قال فيها : «فإن شرط صاحب المال الأوّل النفقة من مال القراض مع علمه بالقراض الثاني جاز ، وكان نفقته على الأوّل . وإذا لم يعلم بالقراض الثاني بسطت النفقة وإن كان قد شرطها الأوّل ؛ لأنّه إنّما أطلق له النفقة بناءً على اختصاص عمله به ، لأنّه الظاهر »[2].

قلت : قد عرفت في السابق أنّ شرط النفقة إنّما هو مؤكّد لثبوتها بدونه ، فصورة الشرط حينئذٍ كصورة الإطلاق بالنسبة إلى ذلك ، ولا ريب في التوزيع مع الإطلاق فيهما وإن علم أحدهما بالآخر .

نعم ، لو اُريد من الشرط : الاختصاص بالنفقة على من عليه الشرط اتّجه ذلك ، إلّا أنّه لا فرق معه بين صورتي الجهل والعلم حينئذٍ ، ودعوى : انسياق ذلك من الشرط حال العلم دون الجهل ، لا شاهد لها ، والله العالم .

﴿ولو أنفق صاحب المال مسافراً﴾ مثلاً ﴿فانتزع المال منه﴾ ↑ ج ٢٦
بقصد فسخ المضاربة ﴿فنفقة عوده منه خاصّة[3]﴾ لارتفاع وصف ٣٤٩
المضاربة الذي هو سبب استحقاق النفقة . ولا غرر بعد دخوله على العقد الجائز الذي هو معرض ذلك ونحوه . فما عن بعض العامّة : من

---

(١) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١١٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ١٠٥.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: من خاصّته.

ثبوتها[١]، واضح الضعف.

وكيف كان، فلا إشكال ﴿و﴾ لا خلاف[٢] في أنّ ﴿للعامل ابتياع المعيب والردّ بالعيب وأخذ الأرش[٣]﴾ نعم ﴿كلّ ذلك﴾ ونحوه ﴿مع الغبطة﴾ لأنّ الغرض الذاتي هنا الاسترباح الذي يحصل بالصحيح والمعيب، فلا يتقيّد إطلاقها حينئذٍ بالأوّل، وإن كان هو كذلك في إطلاق الوكالة، المحتمل إرادة القنية التي لا يناسبها المعيب. وكذلك الكلام في الردّ بالعيب وأخذ الأرش.

﴿و﴾ لكن مع هذا قد ذكر غير واحد من الأصحاب[٤] أنّه ﴿يقتضي إطلاق الإذن[٥]﴾ هنا ﴿البيع[٦] نقداً بثمن المثل من نقد البلد﴾ لأنّه المتعارف في التجارة لتحصيل الربح؛ إذ في النسيئة من التغرير بالمال ما لا يخفى، كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل واحتمال الكساد في بيع العروض.

---

(١) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١٥٣، الشرح الكبير: ج ٥ ص ١٦٥، العزيز (شرح الوجيز): ج ٦ ص ٣٣.

(٢) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٤، والجامع للشرائع: باب المضاربة ص ٣١٦، وقواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٣٨، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٤٩ ج ٣ ص ٩١، وكفاية الأحكام: المضاربة / الأمر الأوّل ج ١ ص ٦٢٦.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: والأخذ بالأرش.

(٤) كالشيخ في الخلاف: القراض / مسألة ٨ ج ٣ ص ٤٦٢ ـ ٤٦٣، وابن حمزة في الوسيلة: حكم القراض ص ٢٦٤، وابن سعيد في الجامع للشرائع: باب المضاربة ص ٣١٧، والعلّامة في الإرشاد: الإجارة / في المضاربة ج ١ ص ٤٣٥.

(٥) في نسخة المسالك: الإطلاق الإذن في.

(٦) في نسخة الشرائع: بالبيع.

لكن في المسالك[١] وغيرها[٢] المناقشة في الأخير بـ«أنّ المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب؛ لأنّ الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، وهو قد يكون بالعروض، فالأقوى جوازه بها مع الغبطة».

إلى أن قال: «ولو أذن له في شيء من ذلك عموماً أو خصوصاً، كـ(تصرّف كيف شئت) و(بحسب رأيك ونظرك) ونحو ذلك، فإنّه يجوز له البيع بالعروض قطعاً، أمّا النقد وثمن المثل فلا يخالفهما إلّا بالتصريح».

وما أبعد ما بينه وبين فاضل الرياض؛ حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الإطلاق؛ وإن كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادراً[٣]. وظنّي أنّه لا موافق له على ذلك، وإن كان قد يتوهّم من بعض العبارات[٤].

والتحقيق: أنّه لا وجه للتوقّف مع المصلحة إذا كان الإذن على وجه العموم، فله البيع نسيئةً وبدون ثمن المثل.

أمّا مع الإطلاق فالمدار حصولها في الأفراد المتعارفة بين التجّار في تحصيل الأرباح، وأمّا النادر ـ وإن فرضت فيه المصلحة ـ فلا يدخل

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٥١.

(٢) كإيضاح الفوائد: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣١٢، وجامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ٩٣، ومجمع الفائدة والبرهان: الإجارة / في المضاربة ج ١٠ ص ٢٤٤، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٤٩ ج ٣ ص ٩١.

(٣) رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٣٧.

(٤) كالتنقيح الرائع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢١٦.

في الإطلاق ؛ إذ ليس العنوان : الإذن في عمل كلّ ما فيه مصلحة ، وإنّما هو الإطلاق المنصرف إلى الأفراد المتعارفة ، التي منها : نقصان ما يتسامح به الناس ، والله العالم . ↑ ج ٢٦ / ٣٥٠

﴿و﴾ على كلّ حال ، فقد ذكر المصنّف وغيره[1] : أنّه ﴿لو خالف﴾ ما دلّ عليه اللفظ ﴿لم يمض إلّا مع إجازة المالك﴾ لكونه تصرّفاً قد وقع بدون إذن المالك ، وهو غير باطل عندنا وإنّما هو فضولي ، فإن أجاز نفذ .

لكن في المسالك ـ تبعاً لجامع المقاصد[2] ـ أنّه «مع الإجازة إن قدر على تحصيل النسيئة وإلّا ضمن الثمن ـ لثبوته بالبيع الصحيح ـ لا القيمة ، ومع عدمها يجب استرداد العين مع الإمكان ، وإلّا ضمن قيمة المبيع أو مثله ، لا الثمن المؤجّل وإن كان أزيد ، ولا التفاوت في صورة النقيصة ؛ لأنّه مع عدم الإجازة بيع باطل ، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدّى فيه وسلّمه من غير إذن شرعي»[3] .

قلت : قد يناقش في ضمانه : بأنّه مع إجازة المالك ورضاه بالبيع نسيئةً صار الثمن الذي في ذمّة المشتري له برضاه ، ولم يحصل من العامل ما يقتضي ضمانه .

بل لعلّ ذلك كذلك في الغاصب إذا باع المغصوب نسيئةً ثمّ ندم

---

(١) كالعلّامة في الإرشاد: الإجارة / في المضاربة ج ١ ص ٤٣٥.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ٨٨.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٥١.

الغاصب، فأجاز المالك ذلك ورضي بالثمن الذي في ذمّة المشتري أن يكون له، خرج الغاصب من الضمان، ولا ينتقل ضمان العين ـ الذي كان عليه ـ إلى الثمن الذي لم تستولِ يده عليه. وكأنّ ذلك كلّه لا إشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ ما نحن فيه ممّا تسمع تظافر النصوص والفتاوى به، من ضمان العامل إذا خالف ما اشترط عليه المالك، وإن بقيت المضاربة صحيحة والربح بينهما؛ إذ لا فرق في المخالفة بين الشرط الصريح أو المفهوم من الإطلاق، فكما لو قال له: «اشتر ـ مثلاً ـ تمراً» فخالف واشترى غيره كان ضامناً ـ ولكنّه صحيح والربح بينهما كما ستعرف ـ فكذلك ما نحن فيه المستفاد من انسياق الإطلاق، بل هو أولى بذلك، والله العالم.

﴿وكذا يجب﴾ مع الإطلاق ﴿أن يشتري﴾ العامل ﴿بعين المال﴾ لأنّه المفهوم أو المتيقّن منه، خصوصاً بعد ملاحظة احتمال عدم إرادة المالك التجارة بغير المال الذي دفعه، والشراء بالذمّة قد يؤدّي إلى ↑ ج ٢٦
وجوب دفع غيره، كما في صورة تلف مال المضاربة قبل الوفاء[1]. ٣٥١

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو﴾ خالف و ﴿اشترى في الذمّة﴾ للمالك ﴿لم يصحّ البيع إلّا مع الإذن﴾ فيه، ولو لاحقاً.

لكن قد يشكل ذلك: باقتضاء الإطلاق عرفاً الشراء بالذمّة على وجه الحلول وإرادة الدفع من مال المضاربة، كما هو المتعارف بين

---

(١) في بعض النسخ إضافة «فيه» بعدها.

الناس من غير فرق بين الملّاك والعمّال والوكلاء ... وغيرهم.

نعم، ليس له الشراء في الذمّة على إرادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة، فإنّه ليس في الإطلاق ما يشعر بالإذن بذلك.

ويمكن إرادة الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص، لا ما يشمل الأوّل الذي قد يتسامح في العرف بجعله من الشراء بالعين، فإذا اتّفق عروض ذلك من العامل وفرض تلف مال المضاربة أدّى المالك من غيرها حينئذٍ؛ لما عرفته من تناول الإطلاق الإذن على الوجه المزبور، المفروض وقوعه.

ومن ذلك يعلم ما في التعليل المذكور، كما أنّ منه يعلم أنّه مع تأدية المالك ـ في الفرض المزبور ـ من غير مال المضاربة يكون ذلك من مال القراض؛ لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك، كما عن الشيخ في المبسوط التصريح به[١]، وإن حكي عنه[٢] أنّه حكى فيه وفي الخلاف[٣] أقوالاً غير محصّلة لا فائدة في ذكرها، كما لا محصّل معتدّ به لما أطنب به في الرياض من ذكر الإشكال المزبور والجواب عنه والنظر في الجواب[٤]، فلاحظ وتأمّل.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لو اشترى﴾ العامل ﴿في الذمّة﴾ بنيّة أنّه للمالك ﴿لا معه﴾ أي الإذن منه، لا سابقاً ـ ولو من الإطلاق المزبور ـ

---

(١) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ص ١٩٤.

(٢) الحاكي هو المقداد في التنقيح: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢٢٠.

(٣) الخلاف: القراض / مسألة ١٥ ج ٣ ص ٤٦٧ ـ ٤٦٨.

(٤) رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤.

ولا لاحقاً ﴿و﴾ لكن ﴿لم يذكر﴾ه أي ﴿المالك﴾ على وجهٍ يفهم البائع أنّ البيع له ﴿تعلّق الثمن بذمّته ظاهراً﴾ وإن كان هو فاسداً في نفس الأمر، ويجب عليه التخلّص من البائع بمقاصّة ونحوها.

نعم، لو وقع الشراء منه بلا نيّة أنّه للمالك أو لنفسه تعلّق الثمن بذمّته ظاهراً وواقعاً، وكان الربح له كما لو نوى لنفسه؛ لظهور المعاملة في ذلك، حتّى لو فرض كونه مأذوناً في الشراء في الذمّة للمالك، لكن لا ينصرف الشراء في نفس الأمر عمّن وقعت المعاملة له إلّا بنيّة أنّه له، كما هو واضح.

فما في الرياض ـ من الوقوع للمالك في هذه الصورة[1] ـ واضح الضعف، إلّا أنّ ما حضرني من نسخته غير نقيّة من الغلط. ↑ ج ٢٦ ٣٥٢

نعم، لو كان قد نوى المالك ثمّ أجاز كان له، بل ربّما ظهر من المقداد كونه مال قراض حينئذٍ، كما أنّه يبطل مع ذكره له لفظاً وعدم إذنه سابقاً ولاحقاً[2].

وبذلك كلّه بان لك صور المسألة وأحكامها، لكنّ الإنصاف عدم خلوّ جعله مال قراض ـ مع الإجازة اللاحقة وأداء الثمن من غير مالها ـ من إشكال أو منع، والله العالم.

﴿ولو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها﴾ أثم وضمن المال ـ لتعدّيه، وإن نفذ بيعه ـ وكان الربح بينهما؛ إذ لا منافاة بين ذلك

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٤٣.

(٢) التنقيح الرائع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢٢٠.

وبين المنع من السفر، لكونه مأذوناً في التجارة من حيث هي تجارة وإن لم يجز له السفر، فإنّ المنع من أحد المتقارنين لا يقتضي بمجرّده المنع من الآخر.

بل هو كذلك حتّى في صورة الإطلاق؛ فإنّ الظاهر عدم استفادة الإذن منه في السفر، كما صرّح به غير واحد[1]، بل في جامع المقاصد: نسبته إلى علمائنا؛ لما فيه من التغرير بالمال[2] ـ خلافاً لبعض العامّة[3] ـ من غير فرق بين خوف الطريق وأمانه.

وعلى كلّ حال، فلا إشكال ولا خلاف عندنا في الحكم المزبور.

وفي الصحيح عن أحدهما [عليهما السلام]: «سألته عن رجل يعطي المال مضاربةً، وينهى أن يخرج؟ قال: يضمن المال، والربح بينهما»[4].

وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يعطي للرجل المال، فيقول: ائت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها؟ قال: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو

---

(١) كالعلّامة في التذكرة: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ٩٥. والشهيد الثاني في المسالك: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٥٣. والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٤٩ ج ٣ ص ٩١.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٠٩.

(٣) مجمع الأنهر: ج ٢ ص ٣٢٤. المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١٥١. الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٣١٧. حلية العلماء: ج ٥ص ٣٣٩. المبسوط (للسرخسي): ج ٢٢ ص ٣٩. التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٣٨٦.

(٤) الكافي: المعيشة / باب ضمان المضاربة ح ٢ ج ٥ ص ٢٤٠. تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٢٢ ج ٧ ص ١٨٩. وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب المضاربة ح ١ ج ١٩ ص ١٥.

عليه ، وإن ربح فهو بينهما»(١).

وفي خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً : «في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربةً ، وينهاه أن يخرج به إلى أرض أُخرى ، فعصاه؟ قال : هو له ↑ ج٢٦ / ٣٥٣
ضامن ، والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه»(٢).

وخبر أبي الصباح : «سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن المضاربة ، يعطى الرجل المال يخرج به إلى أرض ، وينهى أن يخرج به إلى غيرها ، فعصى فخرج به إلى أرض أُخرى ، فعطب المال؟ فقال : هو ضامن ، وإن سلم فهو بينهما»(٣).

بل في صحيح الحلبي عنه [عليه السلام] أيضاً أعمّ من ذلك ، قال : «في المال الذي يعمل به مضاربةً ، له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء ، إلّا أن يخالف أمر صاحب المال ، فإنّ العبّاس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربةً ، ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن وادٍ ولا يشتروا ذا كبد رطبة ، فإن خالفت شيئاً ممّا أمرتك به فأنت ضامن للمال»(٤).

وفي صحيحه الآخر عنه [عليه السلام] أيضاً : «في الرجل يعطي الرجل

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ١، و«التهذيب»: ح ٢١، و«الوسائل»: ح ٢.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٣ ص ١٨٧، و«الوسائل»: ح ١٠ ص ١٨.

(٣) من لايحضره الفقيه: المعيشة / باب البيوع ح ٣٨٤٢ ج ٣ ص ٢٢٧. تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٢٣ ج ٧ ص ١٨٩. وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب المضاربة ح ٦ ج ١٩ ص ١٧.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٩ ص ١٩١، و«الوسائل»: ح ٧.

مالاً مضاربةً، فيخالف ما شرط؟ قال: هو ضامن، والربح بينهما»[١].

وفي خبر أبي الصباح عنه[عليه السلام] أيضاً: «في الرجل يعمل بالمال مضاربةً؟ قال: له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء، إلّا أن يخالف عن شيء ممّا أمره صاحب المال»[٢].

بل في صحيح جميل عنه[عليه السلام] أيضاً: «في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربةً، فذهب فاشترى غير الذي أمره؟ قال: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط»[٣].

وإليه أشار المصنّف بقوله: ﴿أو أمره بابتياع شيء بعينه[٤] فابتاع غيره ضمن، ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط﴾.

إلّا أنّه أشكله بعض[٥] بمخالفته القواعد المعلومة؛ ضرورة عدم الدخول في الملك مع عدم الإذن لاحقاً وسابقاً، فكيف يتّجه استحقاق الربح حينئذٍ؟!

(١) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٢٤ ص ١٩٠، و«الوسائل»: ح ٥ ص ١٦.

(٢) الكافي: المعيشة / باب ضمان المضاربة ح ٧ ج ٥ ص ٢٤١، وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب المضاربة ح ٣ ج ١٩ ص ١٦.

(٣) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٣٩ ج ٧ ص ١٩٣، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٩ ص ١٨).

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: معيّن.

(٥) كالكركي في جامع المقاصد ـ مع ردّه ـ: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١١٠، والأردبيلي في مجمع البرهان: الإجارة / في المضاربة ج ١٠ ص ٢٣٧.

ومن هنا جمد بعض الناس[١] على ما في النصوص، ولعلّ اقتصار المصنّف على هذين[٢] الصورتين لذلك.

لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الدالّة على الأعمّ من ذلك؛ وهو كلّ شرط قد خولف. وهو الذي جزم به غير واحد، قائلاً: إنّه لا بأس بتخصيص القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الأصحاب[٣]. إلّا أنّه كما ترى أيضاً. ↑ ج ٢٦ / ٣٥٤

ويمكن تنزيل هذه النصوص على إرادة بقاء الإذن في المضاربة وإرادة الضمان من الاشتراط، كما يومئ إليه ما في ذيل صحيح الحلبي السابق، وخصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم، بل لعلّ ذلك هو المعروف فيما بينهم ـ سابقاً ـ من الشرط، كما عساه يومئ إليه خبر رفاعة عن أبي عبدالله عليه السلام: «في مضارب يقول لصاحبه: إن أنت أذهبته[٤] أو أكلته فأنت له ضامن؟ قال: هو له ضامن إذا خالف شرطه»[٥]، هذا.

وفي المسالك: «يجب تقييد المخالفة في جهته بما إذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعيّنة أو يزيد، فلو كان ناقصاً

---

(١) كالشهيد الثاني في الروضة: كتاب المضاربة ج ٤ ص ٢١٨ ـ ٢١٩.

(٢) الأولى التعبير بـ«هاتين».

(٣) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١١٠. مفتاح الكرامة: القراض / في الأحكام ج ٢٠ ص ٥٨٥.

(٤) في التهذيب بدلها: «آذيته»، وفي الوسائل: «أدنته».

(٥) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٣٠ و٤٠ ج ٧ ص ١٩١ و١٩٣. وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب المضاربة ح ٨ ج ١٩ ص ١٧.

لا يتغابن بمثله لم يصحّ، كما لو باع بدون ثمن المثل»[١].

ومثله في جامع المقاصد، وزاد: «أنّه إذا أجاز المالك كان الثمن مضموناً»[٢].

قلت: قد يقال بالصحّة من غير احتياج إلى الإجازة؛ لما سمعته من النصوص: أنّ البيع صحيح مع المخالفة ولكنّه ضامن للوضيعة، ولا ريب أنّ محلّ الفرض من ذلك، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿بموت كلّ[٣] منهما تبطل المضاربة؛ لأنّها في المعنى وكالة﴾ التي هي كغيرها من العقود الجائزة ـ نحو العارية والوديعة ـ تنفسخ بالموت والجنون والإغماء... ونحو ذلك ممّا يقتضي بطلان الإذن من المالك التي هي بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه.

بل ظاهر الأصحاب في المقام وغيره عدم تأثير إجازة الوارث أو وليّ المالك في حال الجنون والإغماء؛ لتصريحهم بالانفساخ بعروض أحد هذه العوارض. وحينئذٍ فإذا أُريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط في الثانية شروط الأُولى؛ من إنضاض المال دراهم ودنانير وغير ذلك، كما هو واضح.

ثمّ إن كان الميّت المالك وكان المال ناضّاً لا ربح فيه أخذه الوارث، وإن حصل فيه ربح اقتسماه. وليس لأحد من الغرماء مزاحمة العامل في حصّته؛ لما ستعرف ـ إن شاء الله ـ من ملكه لها بالظهور، فكان

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٥٣.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٠٩ ـ ١١٠.

(٣) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: واحد.

شريكاً للمالك . ↑

وإن كان المال عروضاً ففي المسالك : «أنّ للعامل بيعه إن رجا ج ٢٦ / ٣٥٥
الربح ، وإلّا فلا ، وللوارث إلزامه بالإنضاض إن شاء مطلقاً»[١] .

وفيه : أنّه ليس للعامل البيع من دون إذن الوارث الذي قد انتقل إليه وإن رجا الربح ، كما أنّه ليس للوارث إلزامه بالإنضاض مطلقاً بعد انفساخ المضاربة . اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّه حقّ للميّت ، فينتقل إلى وارثه .

وإن كان الميّت العامل ؛ فإن كان المال ناضّاً ولا ربح أخذه المالك ، وإن كان فيه ربح دفع إلى الورثة حصّتهم منه . ولو كان هناك متاع واحتيج إلى البيع والتنضيض : فإن أذن المالك للوارث فيه جاز ، وإلّا نصب الحاكم أميناً يبيعه ، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصّة الوارث ، وإلّا سلّم الثمن للمالك ، والله العالم .

الأمر ﴿الثاني: في مال القراض﴾

﴿ومن شرطه: أن يكون عيناً﴾ فلا يجوز بالدين ﴿وأن يكون دراهم أو دنانير﴾ بلا خلاف أجده في شيء منه[٢]، بل الإجماع بقسميه عليه[٣].

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في العقد ج ٤ ص ٣٥٣.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: المضاربة / في مال القراض ج ٢١ ص ٢١٧.

(٣) ينظر تذكرة الفقهاء: القراض / في أركانه ج ١٧ ص ١٨ و٢٥، وجامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ٦٦، ومسالك الأفهام: المضاربة / في مال القراض ج ٤ ص ٣٥٥، ومجمع الفائدة والبرهان: الإجارة / في المضاربة ج ١٠ ص ٢٤٩.

مضافاً إلى ما قيل[١]: من أصالة الفساد هنا، السالمة عن معارضة: «أوفوا بالعقود»[٢] و«المؤمنون عند شروطهم»[٣] ونحو ذلك ممّا عرفت إرادة العقود اللازمة منه. وعن الإطلاقات التي لم تسق لبيان ما تجوز به المضاربة، وإنّما هي في معرض أحكام أُخر.

وإن كان لا يخلو من تأمّل؛ ضرورة الاكتفاء بـ«تجارة عن تراضٍ»[٤] ونحوه في ذلك، بعد الإغضاء عن دعوى عدم إطلاق صالح. ولكنّ الأمر سهل بعد الإجماع المزبور.

ومنه يعلم: أنّه لا وجه لقول المصنّف: ﴿وفي القراض بالنقرة﴾ التي هي القطعة المذابة من الذهب والفضّة ﴿تردّد﴾ ضرورة عدم كونها حينئذٍ منهما؛ ومن هنا لم نعرف مخالفاً في عدم الجواز بها، بل ولا متردّداً غير المصنّف. ↑ ج ٢٦ / ٣٥٦

نعم، في المسالك: «ربّما أُطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكّة، فإن صحّ هذا الاسم كان التردّد من حيث إنّها قد صارت دراهم ودنانير، وإنّما تخلّف السكّة، وهي وصف في النقدين ربّما لا يقدح، خصوصاً إذا تعومل بها على ذلك الوجه»[٥]. مع أنّه ـ أيضاً ـ كما ترى بعد معلوميّة كون الدرهم والدينار حقيقة في المسكوك

---

(١) كما في رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٤٨.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) تقدّم في ص ٣٨٧.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٥) مسالك الأفهام: المضاربة / في مال القراض ج ٤ ص ٣٥٦.

للمعاملة ، وتخلّف السكّة قادح ؛ باعتبار اقتضائه انتفاء صدق اسم الدرهم والدينار ، والتعامل بغير المنقوش أو المنقوش لا للمعاملة لا يحقّق الاسم المزبور . ولو سلّم تحقّق الاسم ـ بناءً على أنّه للأعمّ من المسكوك للمعاملة ـ فليس حينئذٍ إلّا الصحّة .

وعلى كلّ حال ، فلا وجه للتردّد بعد الجزم بشرطيّة الدرهم والدينار ، والله العالم .

﴿و﴾ كذا ﴿لا يصحّ بالفلوس﴾ لفقد الشرط المزبور ، بل ﴿ولا بالورق المغشوش﴾ الذي يجب كسره ﴿سواء كان﴾ فيه ﴿الغشّ أقلّ أو أكثر﴾ إذ المراد به : المغشوش بالنسبة إلى تلك السكّة في ذلك الزمان ، المعبّر عنه في زماننا بالقلب .

لا أنّ المراد به : ما يشمل المتعارف في زماننا من الشاميّات والشوشيّات وغيرهما من النقد المعلوم امتزاجه بغير الفضّة ؛ ضرورة صحّة المضاربة بها ووجوب الزكاة ، لعدم اعتبار الخلوص في الدرهم والدينار ، وإنّما هو القطعة المسكوكة للمعاملة سواء كان خليطاً أو لا ، وإن اتّفق خلوصه في ذلك الزمان ، إلّا أنّه أحد الأفراد ، كهيئته السابقة .

وحينئذٍ فلا حاجة إلى ما في جامع المقاصد[١] والمسالك[٢] من تقييد نحو عبارة المصنّف : بما إذا لم يكن متعاملاً به أي المغشوش ، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة ، وصحّ جعله مالاً للقراض سواء كان الغشّ أقلّ أو أكثر ؛ إذ قد عرفت إرادة المصنّف وغيره من

---

(١) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ٦٦.
(٢) المصدر قبل السابق.

المغشوش ما سمعت، لا نحو ذلك كما هو واضح.

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يصحّ ﴿بالعروض﴾ التي هي غير النقدين من المتاع مطلقاً، أو الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيواناً ولا عقاراً؛ لانتفاء الشرط المزبور كما هو واضح.

وكأنّ المصنّف ذكر الأوّل ـ ولم يستغن عنها بالعروض بناءً على التفسير الأوّل ـ دفعاً لتوهّم الجواز في النقرة باعتبار كونها مادّة للدرهم والدينار، وفي الفلوس ونحوها باعتبار كونها مثل النقدين في السكّة ↑ والمعاملة، فأراد النصّ عليها بعدم الجواز. ج ٢٦ / ٣٥٧

﴿ولو دفع إليه[1]﴾ أي إلى العامل ﴿آلة الصيد ـ كالشبكة ـ بحصّة﴾ ثلثٍ مثلاً ﴿فاصطاد﴾ لم يكن مضاربةً قطعاً لانتفاء الشرط، ولا شركةً لعدم الامتزاج، ولا إجارةً لعدم معلوميّة الأُجرة، فليس هي إلّا معاملة باطلة.

وحينئذٍ ﴿كان[2]﴾ ما اصطاده ﴿للصائد﴾ الذي قد حازه ﴿و﴾ لكن ﴿عليه أُجرة﴾ المثل لـ﴿لآلة﴾ كما هو واضح.

نعم، في المسالك[3] وغيرها[4]: «الحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصوّر التوكيل في تملّك المباح، وإلّا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد، وقد سبق الكلام على نظيره».

(١) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: الصيد.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في مال القراض ج ٤ ص ٣٥٧.

(٤) كجامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ٦٧.

«ويبعد بناؤه على أنّ العامل لم ينو بالتمليك إلّا نفسه ؛ لأنّ ظاهر الحال دخوله على الشركة ، وحيث يكون الصيد لهما فعلى كلّ منهما أُجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه» .

قلت : قد تقدّم سابقاً[١] إمكان اختصاصه بذلك وإن قلنا بصحّة التوكيل ، بناءً على عدمه في المقام ؛ لكون الإذن قد وقعت في العقد الفاسد ، فلا أثر لها .

ونيّة الشركة مع عدم الإذن لا تجدي ، ودخوله في ملكه يكفي فيه قصده الحيازة ـ أي دخول الشيء في حيازته ـ والفرض أنّه قد تحقّق القصد منه ، فيكفي ذلك في دخول الشيء في ملكه ، وإن كان من قصده الشركة التي قد بان فسادها ، والله العالم .

﴿ويصحّ القراض بالمال المشاع﴾ بلا خلاف[٢] ولا إشكال عندنا ؛ لأنّه معيّن في نفسه جامع لشرائط الصحّة ، من غير فرق بين وقوع العقد مع الشريك ﴿و﴾ غيره .

نعم ﴿لابدّ﴾ في مال المضاربة ﴿أن يكون معلوم المقدار﴾ بعد معرفة الجنس ؛ للنهي عن الغرر[٣] ، ولعدم معرفة الربح من رأس المال .

إلّا أنّ ذلك كلّه في المجهول الذي لا يؤول إلى علم ، أمّا ما يؤول إليه ـ ولو بالعدّ بعد وقوع العقد ونحوه ـ فقد يشكل بناءً على تحقّق عموم أو

---

(١) في ص ٦٣٢.
(٢) كما في الحدائق الناضرة: المضاربة / في مال القراض ج ٢١ ص ٢٢٠.
(٣) تقدّم في ص ٢٨٦.

إطلاق في الباب يشمل الفرض، ولو قوله تعالى: «إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ»[١]؛ لعدم ما يدلّ على اعتبار العلم هنا أو البطلان مع مثل هذه الجهالة، والنهي عن الغرر إنّما هو في البيع. ج ٢٦ / ٣٥٨

اللّهمّ إلّا أن يقال: بأنّ في بعض النصوص النهي عن الغرر[٢]، فيشمل المقام.

بل لو سلّم تحقّق إطلاق في المضاربة يشمل محلّ الفرض كان التعارض من وجه، والترجيح للأوّل بفتوى المشهور بذلك[٣]، بل ﴿و﴾ بأنّه ﴿لا تكفي[٤] المشاهدة﴾ فيه وإن زال بها معظم الغرر؛ لأنّها ليست طريقاً للعلم فيما اعتبر فيه، وإن حكي[٥] عن المرتضى الاكتفاء بها في المقام وغيره، بل هو أحد قولي الشيخ هنا[٦].

وهو كذلك لو سلّم وجود دليل على اعتبار العلم في المقام ﴿و﴾ من هنا ﴿قيل[٧]: يصحّ مع الجهالة، ويكون القول قول العامل مع التنازع

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) أرسله الشهيد الثاني في المسالك: الإجارة / في شرائطها ج ٥ ص ١٧٨ ـ ١٧٩.

(٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الإجارة / في المضاربة ج ١٠ ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩، وكفاية الأحكام: المضاربة / في مال المضاربة ج ١ ص ٦٢٩.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: لا يكفي.

(٥) هذه الحكاية ذكرها الماتن في درسه على ما نقله تلميذه في كشف الرموز: كتاب المضاربة ج ٢ ص ١٤ ـ ١٥.

(٦ و٧) اختلف النقل عن «المبسوط» فحكى عنه في المختلف والمهذّب البارع والمقتصر صحّة القراض بالمال المجهول، وحكى عنه في الإيضاح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها الاكتفاء بالمشاهدة، ومقتضى ذلك أنّه لايجوّزه بالمجهول الغير المشاهد، وانظر المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٩، وانظر الخلاف: القراض / مسألة ١٧ ج ٣ ص ٤٦٩.

في قدره﴾.

بل في المسالك أنّه «في المختلف عن الشيخ: القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة، وقوّاه في المختلف محتجّاً: بالأصل، وقوله عليه‌السلام: (المؤمنون عند شروطهم)[1]»[2]. ولا أثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بعد أن كان القول قول العامل شرعاً في قدر الواصل؛ لأنّ الأصل عدم وصول الزائد إليه.

والتحقيق ـ إن لم يكن ثَمَّ إجماع ـ: عدم قدح الجهالة التي تؤول إلى علم، نحو أن يقع العقد على ما في الكيس مثلاً ثمّ يعدّانه بعد ذلك؛ لإطلاق الأدلّة أو عمومها. نعم، بناءً على عدم عموم أو إطلاق مستند إليه في مثل ذلك، فلا ريب في أنّ الأصل الفساد. أمّا الجهالة التي لا تؤول إلى علم فالظاهر عدم جوازها؛ لعدم إمكان تحقّق الربح معها، وهو روح هذه المعاملة، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو أحضر مالين وقال: قارضتك﴾ بأحدهما، أو ﴿بأيّهما شئت، لم ينعقد بذلك قراض﴾ لـ:

الإبهام في الأوّل المانع من تعلّق العقد، فإنّ المبهم لا وجود له في الخارج.

وموقوفيّة العقد مع التخيير إلى حال وقوعه، وليس في الأدلّة ـ حتّى الإطلاقات ـ ما يدلّ على مشروعيّة ذلك، بل لعلّ الأدلّة قاضية

---

(١) تقدّم في ص ٣٨٧.

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في مال القراض ج ٤ ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

بخلافه؛ ضرورة ظهورها في سببيّة العقود وعدم تأخّر آثارها عنها. وجعل الخيار كاشفاً عن مورد العقد من أوّل الأمر لا دليل عليه؛ لكونه مخالفاً للأصل.

ومن هنا لم يحك خلاف في البطلان حتّى من القائلين بالجواز مع الجهالة. ج ٢٦ / ٣٥٩

﴿وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن﴾ مع جهل المالك كما في المسالك، قال: «لأنّه حينئذٍ يكون واضعاً يده على المال على الوجه الغير المأذون فيه؛ لأنّ تسليمه إليه إنّما كان ليعمل فيه، فكان ضامناً»[1]. ونحوه في جامع المقاصد[2].

وفي الأوّل منهما: «هل يكون ضامناً للجميع أو للقدر الزائد على مقدوره؟ قولان: من عدم التمييز والنهي عن أخذه على هذا الوجه، ومن أنّ التقصير بسبب الزائد فيختصّ به، والأوّل أقوى».

«وربّما قيل: إنّه إن أخذ الجميع دفعةً فالحكم كالأوّل، وإن أخذ مقدوره ثمّ أخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصّة».

«ويشكل: بأنّه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع، ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه؛ إذ لو ترك الأوّل وأخذ الزيادة لم يعجز»[3].

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٥٨.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٢٢.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في مال القراض ج ٤ ص ٣٥٨.

وقد صرّح فيهما بأنّه «لو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن ؛ إمّا لقدومه على الخطر ، أو لأنّ علمه بذلك يقتضي الإذن له في التوكيل» .

ثمّ قال في المسالك : «وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به ؛ إذ لا منافاة بين الضمان وصحّة العقد . والمراد العجز عن التصرّف في المال وتقليبه في التجارة ، وهذا يحصل حال العقد ، فمن ثَمَّ فرّق بين علم المالك وجهله» .

«ولو كان قادراً فتجدّد العجز وجب عليه ردّ الزائد عن مقدوره ؛ لوجوب حفظه وهو عاجز عنه وإمكان التخلّص منه بالفسخ ، فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد»[1] .

قلت : لعلّ المتّجه في مفروض المسألة الفساد ، من غير فرق بين حالَي العلم والجهل ؛ وذلك لمعلوميّة اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحّة ، نحو ما ذكروه في الإجارة ؛ ضرورة لغويّة التعاقد مع العاجز عن العمل الذي هو روح هذه المعاملة ، فضلاً عن معلوميّة بطلان وكالة من هو عاجز عن العمل ، على العمل العاجز عنه ؛ إذ هو أولى بذلك من الوصي الذي حكموا ببطلان وصايته مع عجزه عن القيام فيما أُوصي به . بل الظاهر أنّ الحكم كذلك بتجدّد العجز ، فضلاً عمّا كان حال العقد .

ومن ذلك يظهر لك : سقوط جملة من الكلمات السابقة ، بل لعلّ

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٥٨ ـ ٣٥٩.

ج ٢٦ ٣٦٠ عبارة المتن والقواعد[١] كذلك بناءً على إرادة الضمان مع الصحّة منها .

بل يقوى البطلان حتّى مع إذن المالك في التوكيل للغير أو الاستئجار ، فإنّ ذلك فرع صحّة العقد الذي قد عرفت اعتبار قدرة العامل على العمل المعقود عليه بنفسه ، وإن لم يشترط عليه المباشرة . على أنّه لو اكتفي بذلك في الصحّة لم يكن للضمان حينئذٍ وجه ؛ ضرورة اقتضاء صحّة العقد عدم الضمان إلّا ما خرج ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ولو كان له في يد غاصب﴾ مثلاً ﴿مال، فقارضه عليه صحّ، ولم يبطل الضمان﴾ السابق ؛ للأصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذي لا يلزمه عدم الضمان ، بل يجامعه في كثير من المقامات .

ولظهور قوله عليه‌السلام : «حتّى يؤدّي»[٢] في بقاء الضمان إلى حال التأدية التي ليس وقوع عقد القراض منها . وكون العين في عقد القراض أمانة لا ينافي الضمان من جهة اُخرى . ورفع اليد عن الغصب ليس وصولاً إلى يد المالك .

لكن قد تقدّم في كتاب الرهن[٣] منّا تحقيق ذلك على وجهٍ يعلم منه قوّة عدم الضمان ، ولو من جهة اقتضاء العقد الإذن في دوام القبض .

---

(١) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٤١.

(٢) تقدّم في ص ٣٩٤ وهامش (٢) من ص ٣٠٩.

(٣) في ج ٢٦ ص ٢١٦...

وما في المسالك من «أنّ مجرّد العقد لا يقتضي ذلك، وإنّما يحصل الإذن بأمر آخر، ولو حصل زال الضمان»(١) واضح الضعف وإن حكي عن العلّامة في التذكرة(٢)، مستظهراً ـ لذلك ـ أنّ كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحّة القراض، فلو قال المالك: «أنا أُبقي المال في يدي وأدفع الثمن كلّما اشتريت متاعاً» صحّ.

إلّا أنّه كما ترى؛ ضرورة عدم منافاة ذلك ـ على تقدير تسليمه ـ لاقتضاء إطلاق العقد ذلك.

كضرورةِ المكابرة في عدم دلالة إطلاق العقد على الإذن في البقاء والعمل به وتقليبه، فإنّه إذا لم يكن كذلك لم يبرأ حتّى ﴿فـ﴾ـي صورة ما ﴿إذا اشترى به ودفع المال إلى البائع﴾ التي حكم المصنّف وغيره(٣) ـ بل في المسالك: الإجماع عليه(٤) ـ بأنّه متى فعل ذلك ﴿برئ﴾ من الضمان ﴿لأنّه﴾ قد ﴿قضى دينه﴾ أي المالك ﴿بإذنه﴾ ضرورة صراحة ذلك في تحقّق الإذن منه، التي هو قد اعترف صريحاً ـ بعد ذلك ↑
في كلامه ـ بزوال الضمان معها؛ حتّى أنّه حكى عن بعضهم القول بالعدم ج ٢٦ / ٣٦١

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في مال القراض ج ٤ ص ٣٥٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: القراض / في أركانه ج ١٧ ص ٣٢.

(٣) كالشيخ في المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٢، وابن البرّاج في المهذّب: كتاب المضاربة ج ١ ص ٤٦٤، والعلّامة في الإرشاد: الإجارة / في المضاربة ج ١ ص ٤٣٥، والكركي في جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ٧٠ ـ ٧١.

(٤) مسالك الأفهام: المضاربة / في مال القراض ج ٤ ص ٣٦٠.

وضعّفه «بأنّه حينئذٍ وكيل محض، وإن كان له في القبض مصلحة؛ إذ هو كالوكيل بجعل»[١]. وبذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع أطرافه.

وأمّا القول: بعدم زوال الضمان معها أيضاً، ففيه: ـ مضافاً إلى ما سمعته ـ أنّه أداء إليه؛ ضرورة دخوله بذلك تحت سلطانه الذي هو معنى «اليد». وإن أردت زيادة التحقيق في ذلك فلاحظ ما سلف لنا في كتاب الرهن[٢]، والله العالم.

﴿ولو كان له دين لم يجز أن يجعله مضاربة إلّا بعد قبضه﴾ بلا خلاف[٣] ولا إشكال؛ لما عرفت من اعتبار العينيّة في مال القراض، المنافية للدَّينيّة.

﴿وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم، ما لم يجدّد العقد﴾ بعد القبض؛ إذ هو لم يخرج بالإذن عن كونه ديناً.

نعم، لو وكّله على القبض ثمّ العقد عليه قراضاً ـ فيكون موجباً قابلاً عنه ـ صحّ، بناءً على جواز مثل ذلك.

وفي المسالك: «أنّ في قول المصنّف: (ما لم ...) إلى آخره، إشارة إلى صحّة القبض، وإن كان مترتّباً على عقد فاسد»[٤].

وفيه: أنّه يمكن أن يكون ذلك مبنيّاً على إجازة القبض عنه بعد

---

(١) المصدر السابق.

(٢) في ج ٢٦ ص ٢١٦...

(٣) كما في تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ٢٥، والتنقيح الرائع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧، ورياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٦٢.

(٤) مسالك الأفهام: المضاربة / في مال القراض ج ٤ ص ٣٦٠.

وقوعه، على أنّ ظاهر العبارة فرض التصريح بالإذن مستقلاًّ، لا المستفادة من العقد الفاسد، والأمر سهل.

﴿تفريع[١]﴾:

﴿لو قال: بع هذه السلعة فإذا نضّ ثمنها فهو قراض، لم يصحّ؛ لأنّ المال﴾ أي الثمن ﴿ليس بمملوك عند العقد﴾ ضرورة عدم دخوله في الملك قبل وقوع البيع، على أنّه مجهول، بل التعليق محقّق، فلا إشكال في الفساد. خلافاً للمحكي عن بعض العامّة من الجواز[٢]، ولا ريب في فساده.

﴿ولو مات ربّ المال وبالمال متاع فأقرّه الوارث لم يصحّ؛ لأنّ﴾ العقد ﴿الأوّل بطل﴾ بالموت. وليس هو فضوليّاً بالنسبة إلى الوارث الذي لم يكن له علقة بالمال ـ حال العقد ـ بوجه من الوجوه. ↑ ج ٢٦ / ٣٦٢

وبذلك افترق عن إجارة البطن الأوّل العين الموقوفة مدّة زادت على حياتهم، فإنّ الإجارة تصحّ بإجازة البطن الثاني؛ لتعلّق حقّ لهم من الواقف، فالإجارة على المدّة الزائدة في نفس الأمر لهم وإن لم يعلم بها حال العقد، بخلاف المقام الذي هو ابتداء ملك للوارث بالموت.

وحينئذٍ فالمدار في الفضوليّة: كون المعقود عليه حال العقد للغير ولكنّ الفضولي أجرى العقد عليه، بخلاف نحو المقام الذي هو للمالك

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: فروع.

(٢) حلية العلماء: ج ٥ ص ٣٣١، المبسوط (للسرخسي): ج ٢٢ ص ٣٦ ـ ٣٧، بدائع الصنائع: ج ٦ ص ٨٢.

ولكن بالموت ينتقل عنه إلى وارثه، فليس هو في عقده على ماله فضوليّاً عن الغير الذي لا مدخليّة له حال العقد.

وكذا إجارة الإنسان ماله مدّة مات في أثنائها، بناءً على انفساخ الإجارة، فإنّه لا يجدي في صحّة الاستمرار إجازة الوارث.

نعم، تجدي إجازة الوارث في مثل الوصيّة التي هي تصرّف بعد الموت، الذي هو محلّ تعلّق حقّ الوارث، وفي مثل التنجيز في المرض الذي تعلّق فيه حقّ الوارث. وصحّة الإجازة في الأوّل قبل الموت إنّما هو للدليل على أنّه في التصرّف بعده، وكذا الثاني الذي قد عرفت الحقّ فيه ﴿و﴾ هو واضح.

بل ﴿لا يصحّ ابتداء القراض﴾ في الفرض الذي قد عرفت امتزاج المال فيه ﴿بالعروض﴾ حتّى في النقد منه خاصّة؛ لعدم ذكر الحصّة له، وإنّما ذكرت للجميع الذي منه العروض.

نعم، لو فرض كون المال ناضّاً وأراد التجديد عليه لم يكن به بأس، حتّى إذا كان بلفظ التقرير؛ لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاصّ في مثل هذا العقد، والله العالم.

﴿ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مع يمينه﴾ سواء كان المال باقياً أو تالفاً بتفريط أو غيره ﴿لأنّه اختلاف في المقبوض﴾ وفي الواصل إليه والداخل تحت سلطانه بالتصرّف فيه، ولا ريب في أنّ الأصل عدم ذلك بالنسبة إلى الزائد. بل هو ـ في

صورة التلف بتفريط ـ غارم محض، والأصل براءة ذمّته، فيكون هو المنكر.

بل ظاهر المتن وغيره[١]: أنّ ذلك كذلك حتّى لو فرض ظهور ربح؛ لذلك أيضاً.

لكن قد يشكل حينئذٍ: بأنّ ذلك يؤول من العامل إلى دعوى زيادة استحقاقه في المال المشخّص، بل ذلك ـ في الحقيقة ـ اختلاف في قدر ↑ ج ٢٦ / ٣٦٣ استحقاق العامل في المال المخصوص، ولا ريب في أنّ القول قول المالك فيه، لأصالة عدم استحقاقه الزائد، وأصالة عدم ربح للمال وعدم زيادته، ولأنّ الأصل مع بقاء المال يقتضي كون جميعه للمالك.

بل هو كذلك حتّى في صورة التلف بتفريط؛ إذ المضمون قدر مال المالك، وإذا كان الأصل يقتضي كون الجميع له إلّا ما أقرّ به للعامل فهو ضامن له حينئذٍ؛ إذ الضمان تابع للاستحقاق.

ومن هنا جزم في جامع المقاصد[٢] والمسالك[٣]: بأنّ القول قول المالك في الفرض، واستحسنه في الرياض[٤]، ولعلّه الأقوى.

---

(١) كالجامع للشرائع: باب المضاربة ص ٣١٥، وتبصرة المتعلّمين: الإجارة / في المضاربة ص ١٠٤، والروضة البهيّة: كتاب المضاربة ج ٤ ص ٢٢٠، وكفاية الأحكام: المضاربة / في الربح ج ١ ص ٦٣١.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في التفاسخ ج ٨ ص ١٦٨.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في مال القراض ج ٤ ص ٣٦١.

(٤) رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٥٠.

ومنه يعلم ما عن فخر المحقّقين: من أنّ القول قول المالك إلّا مع التلف بتفريط[١]؛ إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه.

﴿ولو خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك خلطاً لا يتميّز ضمن؛ لأنّه تصرّف غير مشروع﴾ له؛ ضرورة كونه أمانة في يده، فلا يجوز خلطها كالوديعة، على أنّ الشركة عيب.

نعم، لا يبطل العقد بذلك، فيبقى الربح حينئذٍ بينهما على حسب الشرط، وإن أثم بذلك العامل وضمن.

هذا كلّه مع إطلاق العقد، أمّا مع الإذن في ذلك ـ خصوصاً أو عموماً ـ فلا بأس به مع المصلحة في الأخير، كما هو واضح.

الأمر ﴿الثالث: في الربح﴾

﴿ويلزم الحصّة﴾ منه ﴿بالشرط﴾ في هذه المعاملة؛ إن نصفاً فنصف وإن ثلثاً فثلث ﴿دون الأُجرة، على الأصحّ﴾ الموافق لما هو المشهور[٢] بل المجمع عليه من مشروعيّتها[٣]، المدلول عليها بقوله تعالى: «إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ»[٤] وغيره[٥]؛ وبالمتواتر من

---

(١) إيضاح الفوائد: القراض / في التفاسخ ج ٢ ص ٣٣١.

(٢) عبّر بـ «إجماع العلماء إلّا شواذّ منّا ...» في مفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٤٦ ج ٣ ص ٩٠.

(٣) نقل الإجماع في فقه القرآن (للراوندي): باب الشركة والمضاربة ج ٢ ص ٦٧، وتذكرة الفقهاء: القراض / في الماهيّة ج ١٧ ص ٧، والمهذّب البارع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٥٥٤، والتنقيح الرائع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢١٥.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٥) سورة المائدة: الآية ١.

السنّة المرويّة من الطرفين[١].

فما عن المفيد[٢] والشيخ في النهاية[٣] وسلّار[٤] وابن البرّاج[٥] وظاهر أبي الصلاح[٦]: من عدم مشروعيّتها ـ فليس للعامل حينئذٍ إلّا أُجرة المثل وإن وقع من المالك اشتراط الحصّة من الربح، إلّا أنّه من الوعد الذي لا يجب الوفاء به ـ معلوم البطلان ﴿و﴾ واضح الفساد.

نعم ﴿لابدّ أن يكون﴾ جميع ﴿الربح مشاعاً﴾ على جهة الشركة ج ٢٦/٣٦٤
بينهما ﴿فـ﴾ لو كان لأحدهما شيء معيّن منه والباقي للآخر بطل إجماعاً[٧].

وكذا ﴿لو قال: خذه قراضاً والربح لي، فسد﴾ قراضاً ﴿و﴾ إن كان ﴿يمكن﴾ هنا ﴿أن يجعل بضاعةً؛ نظراً إلى المعنى﴾ إذ قد عرفت أنّها المال المدفوع ليعمل به على أنّ الربح لمالكه بلا أُجرة للعامل، فهي حينئذٍ توكيل في التجارة تبرّعاً لا تختصّ بلفظ، فمنه اللفظ المزبور وإن ذكر فيه لفظ القراض، إلّا أنّه يمكن إرادة البضاعة منه

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ١ و٣ من كتاب المضاربة ج ١٩ ص ١٥ و ٢٠، الموطّأ: القراض / انظر باب ١ ج ٢ ص ٦٨٧ ـ ٦٨٨، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١١٠ ـ ١١١.

(٢) المقنعة: باب الشركة والمضاربة ص ٦٣٣.

(٣) النهاية: باب الشركة والمضاربة ج ٢ ص ٢٣٧.

(٤) المراسم: الشركة والمضاربة ص ١٨٢.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: الإجارة / في القراض ج ٦ ص ٢٤٠، وكتبه المتوفّرة ـ كالمهذّب وجواهر الفقه ـ يستفاد منها خلاف ذلك.

(٦) الكافي في الفقه: في الشركة وأحكامها، وضروب الإجارة ص ٣٤٤ و٣٤٧.

(٧) كما في مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٦٤.

ولو مجازاً، فإنّه أولى من إلغائه.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردّد﴾: من ذلك، ومن ظهور اللفظ في إرادة المعنى الحقيقي الذي هو أعمّ من الصحيح والفاسد، وهو غير معنى البضاعة الذي هو الإقدام على التبرّع في العمل، وليس في الفرض ما يشعر بذلك بوجه، فدعوى اتّحاد المعنى حينئذٍ واضحة الفساد، كدعوى كون اللفظ لغواً.

﴿وكذا التردّد لو قال:﴾ خذه قراضاً ﴿والربح لك﴾ بين صيرورته قرضاً فالربح كلّه للعامل، وبين كونه قراضاً فاسداً فالربح كلّه للمالك وعليه الأُجرة للعامل.

إلّا أنّك قد عرفت ما يقوى منه كونه قراضاً فاسداً ـ كما هو المشهور[1] ـ إلّا أن تقوم قرينة حاليّة أو مقاليّة على إرادة الإقدام على التبرّع في الأوّل، وإنشاء التمليك للمال في الثاني.

وكأنّه لمح إلى ذلك في المسالك بقوله هنا: «ومحلّ الإشكال: إذا لم يقصد القرض ولا القراض؛ إمّا بأن لم يقصد شيئاً أو لم يعلم ما قصد، وإلّا لكان قرضاً في الأوّل وقراضاً فاسداً في الثاني بغير إشكال»[2].

لكن لا يخفى عليك أنّه لا دلالة على القصد إلّا بظاهر اللفظ الصادر من اللافظ، والفرض صدور لفظ القراض منه. والمنساق من اللفظ

---

(١) نسب الأوّل ـ أي فيما لو قال: «خذه قراضاً والربح لي» ـ إلى المشهور في المسالك: (انظر الهامش السابق).

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٣٦٥.

حقيقته ، فليس حينئذٍ إلّا الحكم عليه بإرادة القسم الفاسد منه .

نعم ، بناءً على اعتبار الشركة في الربح في مفهوم القراض يتّجه احتمال إرادة التجوّز منه بإرادة البضاعة والقرض . إلّا أنّ الظاهر اعتبار ذلك في الصحّة لا المفهوم .

ومع الإغضاء عن ذلك كلّه فالأصل احترام عمل المسلم ، والأصل تبعيّة النماء للمال ، وعدم إنشاء التمليك بعوض في الذمّة . ج ٢٦ / ٣٦٥

وبذلك يظهر لك ما في قول المصنّف : ﴿أمّا لو قال: خذه فاتّجر به والربح لي ، كان بضاعة. ولو قال: والربح لك، كان قرضاً[١]﴾ ضرورة عدم الفرق بين هذا وبين ما تقدّم إلّا بعدم وجود لفظ القراض فيه ، ولكنّ ذلك لا يعيّن إرادة القرض والبضاعة منه إلّا بدعوى انصراف الإطلاق إليهما أو حمله عليهما ، ولو لأصالة الصحّة كما هو ظاهر المسالك[٢] . إلّا أنّها يمكن منعها .

نعم ، لو قصد القرض والبضاعة منه لم يكن ثَمَّ إشكال ، بل لا إشكال في جريان القراض الفاسد عليه إذا قُصد به ؛ فإنّ التصريح بالقراض ونحوه في العقد ليس بشرط بعد صلاحيّة العقد له .

ولو اختلفا في العقد[٣] المبطل ففي المسالك : «احتمل تقديم المالك لأنّه أعرف به ، والعامل نظراً إلى ظاهر اللفظ وترجيحاً للصحّة ، ولو

---

(١) في نسخة الشرائع: قراضاً.

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٦٥.

(٣) في المسالك بدلها: القصد.

اختلفا في ضميمة اللفظ قدّم قول مدّعي ما يصحّ معه العقد ؛ لأصالة الصحّة وعدم الضميمة»[١].

قلت : لا يخفى عليك عدم إتيان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ ذلك ؛ ضرورة عدم وجه لمن يدّعي خلاف الظاهر بلا قرينة ؛ وإلاّ لزم من ذلك فساد كثير.

كما أنّه لا يخفى عليك عدم كون الثاني من مقام مدّعي الصحّة والفساد ؛ ضرورة عدم اتّفاقهما على حصول المعاملة المخصوصة بينهما واختلافهما في الصحّة والفساد ، كي يقدّم مدّعيها على مدّعيه ، وإنّما اختلافهما في أنّ الواقع بينهما قراض فاسد أو بضاعة صحيحة ، نحو الاختلاف في أنّ الواقع بينهما بيع فاسد أو إجارة صحيحة . ولعلّ الوجه في مثله التحالف.

فلم يثبت العقد الصحيح حينئذٍ لمدّعيه ، ويبقى على الأصل الذي قد عرفت اتّحاده في الحكم مع القراض الفاسد ؛ لقاعدة احترام عمل المسلم وتبعيّة النماء.

اللّهمّ إلاّ أن يقال : إنّ أصالة الصحّة أيضاً تجري في نحو الفرض ؛ باعتبار اتّفاقهما على كون الواقع بينهما أحدهما ، والفاسد منهما ينفى بالأصل ، فليس حينئذٍ إلاّ الصحيح.

أو يقال : إنّ محلّ الفرض في عبارة المسالك الاختلاف في ضميمة ↑
اللفظ المقتضي للفساد وعدمها ، ولا ريب في موافقة الثاني للأصل . ج٢٦ ٣٦٦

---

(١) الهامش قبل السابق.

نعم، قد عرفت الإشكال في الصحّة مع عدم اللفظ. اللّهمّ إلّا أن يدّعى انسياق ذلك من نحو اللفظ عرفاً، وهو كما ترى، خصوصاً بعد ما عرفت من اقتضاء الأُصول ـ مع الشكّ ـ نتيجة القراض الفاسد، والله العالم.

﴿ولو شرط أحدهما شيئاً معيّناً والباقي بينهما فسد﴾ لا ﴿لعدم الوثوق بحصول الزيادة، فلا تتحقّق الشركة﴾ بل لعدم ثبوت ما يدلّ على الصحّة في الفرض؛ ضرورة اقتصار النصّ والفتوى على صحّة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما على جهة الإشاعة، بنحو النصف والثلث والربع وما يؤدّي مؤدّاها، ومنهما ينقدح الشكّ في تناول الإطلاقات له.

هذا مع قطع النظر عن ظهور النصوص في البطلان ولو لظهورها في اعتبار الشركة الإشاعيّة في جميع الربح، فضلاً عن صريح الفتاوى، فحينئذٍ يبطل القراض وإن وثق بالزيادة؛ لعدم اشتراك جميع الربح بينهما حينئذٍ بعد اختصاص أحدهما بشيء معيّن منه، كما هو واضح.

﴿ولو قال: خذه على النصف، صحّ﴾ لتبادر كون المراد من مثل هذه العبارة أنّ الربح بينهما نصفين[1].

لا لأنّ المالك لا يفتقر إلى تعيين حصّته للتبعيّة، وإنّما يفتقر إليها[2] العامل الذي قد ذكر أنّ النصف له، فإنّه المحتاج إلى الاشتراك[3].

---

(١) أُشير في بعض النسخ إلى نسخة بدلها: نصفان.

(٢) الأولى التعبير بـ «إليه» كما في المسالك.

(٣) في المسالك بدلها: الاشتراط.

لما نظر فيه في المسالك بأنّه «كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون النصف المذكور للمالك والآخر لم يذكره اتّكالاً على التبعيّة، فيبطل العقد حينئذٍ، وافتقاره إلى تعيين حصّة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولاً عليه»[١].

وإن كان ذلك لا يخلو من نظر، خصوصاً بعد ما سلف منه من إمكان تشخيص أصالة الصحّة نحو ذلك. إلّا أنّه يسهّل الخطب ما عرفته من تبادر المعنى المزبور من غير اختصاص لأحدهما.

﴿وكذا لو قال:﴾ خذه ﴿على أنّ الربح بيننا﴾ للتبادر المذكور. ومن هنا لو اتّفقا على ذكر ذلك ﴿و﴾ اختلفا بالتفاوت ﴿يقضى بالربح بينهما نصفين﴾ كما في كلّ مقام ذكر فيه لفظ الاشتراك أو ما يؤدّي مؤدّاه في الإقرار وغيره، فإنّه يفهم عرفاً منه ـ مع الإطلاق ـ التساوي.

↑ فما عن بعض الشافعيّة: من الحكم بالبطلان ـ لمنع التبادر المزبور، ج ٢٦/٣٦٧ فيتجهّل العقد[٢] ـ واضح الفساد، والله العالم.

﴿ولو قال:﴾ خذه ﴿على أنّ لك النصف، صحّ. و﴾ أمّا ﴿لو قال: على أنّ لي النصف واقتصر، لم يصحّ؛ لأنّه لم يعيّن للعامل حصّة﴾.

وقد قيل في وجه الفرق: «إنّ الربح لمّا كان تابعاً للمال والأصل كونه للمالك لم يفتقر إلى تعيين حصّته، فإن عيّنها كان تأكيداً. وأمّا

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٦٦.

(٢) المجموع: ج ١٤ ص ٣٦٥، حلية العلماء: ج ٥ ص ٣٣١، الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٣٤٧.

تعيين حصّة العامل فلابدّ منه لعدم استحقاقها بدونه، فإذا قال: النصف لك كان تعييناً لحصّة العامل وبقي الباقي على حكم الأصل، بخلاف العكس، فإنّه لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره، بل هو باقٍ على حكم الأصل أيضاً، فيبطل العقد»[١].

قلت: قد يمنع ذلك بدعوى انسياق إرادة كون الربح بينهما نصفين من نحو هذه العبارة عرفاً، من غير فرق بين ذكر النصف للمالك أو للعامل، فإنّ المراد النصف الآخر للآخر، كما هو واضح.

﴿ولو شرط لغلامه﴾ أو غلام العامل ﴿حصّة معهما صحّ، عمل الغلام أو[٢] لم يعمل﴾ بناءً على أنّ العبد لا يملك شيئاً، فاشتراطها حينئذٍ له اشتراط لسيّده، والفرض أنّه أحدهما ويجوز تساويهما في الحصّة وتفاوتهما. نعم، بناءً على ملكه يتّجه فيه ما سمعته من الاشتراط للأجنبي.

لكن قد يناقش: بعدم دلالة الاشتراط للعبد على إرادة الاشتراط للسيّد، وعدم قابليّة العبد للملك لا يصلح قرينةً لذلك، على أنّه يمكن فرض العلم بعدم إرادة ذلك، والمتّجه حينئذٍ فيه البطلان.

إلّا أنّ الإنصاف: إمكان دعوى انسياق إرادة المالك عرفاً، على نحو الاشتراط للدابّة أو السفينة.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو شرط لأجنبيّ، و﴾ لو كان خادماً لأحدهما،

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٦٧.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: أم.

فالمشهور[١] أنّه إن ﴿كان عاملاً صحّ﴾ الشرط ؛ لأنّـه حـينئذٍ يكـون بمنزلة العامل المتعدّد ﴿وإن لم يكن عاملاً فسـد﴾ لأنّ الثـابت مـن القراض ما كان تمام الربح فيه مشتركاً بين المالك والعامل ، هذا .

ولكن في المسالك : «لابدّ من ضـبط العـمل بـما يـرفع الجـهالة ، وكونه من أعمال التجارة ، لئلّا يتجاوز مقتضاها . وإنّما وصفه بالأجنبي ـ مع كونه عاملاً ـ لأنّ المراد بالعامل هنا من يكون إليه التـصرّف فـي جميع ما يقتضيه العقد ، وهذا المشروط له ليس كذلك ، وإنّما اشـترط ج ٢٦ / ٣٦٨ عليه عمل مخصوص ، بأن يحمل لهم المتاع إلى السوق ، أو أن يـدلّل عليه ... ونحوه من الأعمال الجزئيّة المضبوطة ، فلو جعل عاملاً فـي جميع الأعمال كان العامل ـ الذي هو أحد أركان العقد ـ متعدّداً ، وهو غير محلّ الفرض . وبهذا يندفع ما قيل : من أنّ شرط العمل ينافي كونه أجنبيّاً»[٢] .

قلت : قد يقال : إنّ ظاهر النصوص أو المتيقّن منها كون الربح فـي القراض بين المقارِض والمقارَض ، والعامل المذكور إن فـرض كـونه مقارَضاً صار من تعدّد العامل وهو غير ما نحن فيه ـ ولذا اعـتبر فـيه تعيين العمل الذي لا يعتبر مع فرض كونه مقارضاً ـ وإلّا كـان أجـنبيّاً

---

(١) ذهب إلى ذلك: الشيخ فـي المـبسوط: كـتاب القـراض ج ٣ ص ١٦٩، وابـن البـرّاج فـي المهذّب: كتاب المضاربة ج ١ ص ٤٦١، والعلّامة في التحرير: القراض / في أركـانه ج ٣ ص ٢٥١. والمقداد في التنقيح: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢١٥.

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨.

لا يجوز الشرط له وإن عمل بعض مقدّمات التجارة، فإنّ ذلك لا يجعله عاملاً بمعنى كونه مضارباً؛ وإلّا لجاز الشرط مع العمل لغير التجارة، بل ومع عدم العمل أصلاً؛ ضرورة اشتراك الجميع في المصحّح، بناءً على أنّه الاشتراط المزبور.

ومن ذلك يعلم ما في قول المصنّف: ﴿وفيه وجه آخر﴾ بناءً على أنّه ما حكاه في المسالك من «صحّة الشرط له وإن لم يعمل؛ لعموم: (المؤمنون ...)[١] و(أوفوا ...)[٢]. أو أنّ المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعاً إلى أصله؛ لئلّا يخالف مقتضى العقد، ولإقدام العامل على أنّ له ما عيّن له خاصّة»[٣].

إذ قد عرفت: أنّ ظاهر النصوص ـ أو الثابت فيها ـ ما سمعت، على وجهٍ لا يعارضه العموم المزبور بناءً على شموله لمثل المقام، والله العالم.

﴿ولو قال:﴾ خذه قراضاً و ﴿لك نصف ربحه، صحّ﴾ بلا خلاف[٤] ولا إشكال، وإنّما ذكره مقدّمةً لقوله:

﴿وكذا لو قال: لك ربح نصفه﴾ بناءً على إرادة نصف ما يربح من المال قلّ أو كثر؛ إذ هو حينئذٍ كالأوّل في المراد وإن تغيّرت العبارة؛

---

(١) تقدّم في ص ٣٨٧.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٦٨.

(٤) كما في الخلاف: القراض / مسألة ١٨ ج ٣ ص ٤٦٩، والمبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ٢٠٣.

وذلك لأنّ الفرض إشاعة النصف، فكلّ جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل ونصفه للمالك.

ولو فرض كون الربح للنصف خاصّة كان ذلك هو رأس المال، والذي لم يربح لا اعتداد به، وكلّ جزء من النصف الذي ربح بين المالك والعامل؛ لما عرفت من الإشاعة المزبورة. ↑ ج ٢٦/٣٦٩

وبذلك ظهر لك: أنّ ما عن أحد قولي الشيخ من البطلان[1]، واضح الضعف بناءً على إرادته ما فرضناه.

وظنّي أنّه لا يريده، خصوصاً بعد تعليله البطلان: بمنافاته لمقتضى القراض من أنّ ربح كلّ جزء بينهما، وهنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل، والآخر بالعكس، وربّما ربح نصفه فيختصّ به أحدهما أو ربح أكثر من النصف، فلا تكون الحصّة معلومة.

ضرورة ظهوره في فرض موضوع البطلان أنّ حصّة كلّ منهما في النصف من حيث النصفيّة، ولا ريب في البطلان مع هذا القصد. وربّما كان ذلك هو المنساق في بادئ النظر من مثل اللفظ المزبور. إلّا أنّ التأمّل الصادق يقضي بإرادة ما ذكرناه أوّلاً، فتأمّل، والله العالم.

﴿ولو قال لاثنين﴾ مثلاً: «ضاربتكما بهذا المال» مثلاً و ﴿لكما نصف الربح﴾ مثلاً ﴿صحّ﴾ لإطلاق الأدلّة والسيرة. ولفظ العامل في النصوص يراد منه الجنس ـ الشامل لما زاد على الواحد ـ أو المثال،

---

(١) انظر «الخلاف» في الهامش السابق، قال بالبطلان ثمّ قال: «وإن قلنا بقول أبي ثور كان قويّاً؛ لأنّه لا فرق بين اللفظين» واستفاد منه في مفتاح الكرامة التردّد.

كالمالك فإنّه لا يعتبر فيه الاتّحاد أيضاً، فيجوز مضاربة الاثنين لواحد مثلاً، كما أنّه يجوز في الصورتين تمييز كلّ من مالي العاملين وعدمه.

وبذلك ظهر لك الحكم في جميع الصور المتصوّرة في المقام، كما أنّه ظهر لك ممّا تقدّم سابقاً: أنّه لو وقع عقد المضاربة مع العاملين على النحو الذي فرضناه صحّ ﴿وكانا فيه﴾ أي النصف ﴿سواء﴾ لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك ﴿و﴾ لو للتبادر.

نعم ﴿لو فضّل أحدهما صحّ أيضاً﴾ عندنا ﴿وإن كان عملهما﴾ فيه ﴿سواء﴾ أو مختلفاً؛ لأنّ غايته اشتراط حصّة قليلة لصاحب العمل الكثير والحصّة على الشرط مع ضبط مقدارها، ولأنّ عقد الواحد مع الاثنين كعقدين فيصحّ، كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف الربح والآخر في نصفه الآخر بثلث الربح، فإنّه جائز اتّفاقاً كما في المسالك(١).

↑ خلافاً لبعض العامّة: حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل؛ قياساً على اقتضاء شركة الأبدان ذلك(٢). والأصل والفرع عندنا باطلان. ج ٢٦ / ٣٧٠

كبطلان ما يحكى عن الجويني منهم: من اعتبار الاستقلال لكلّ من العاملين في صحّة مضاربتهما، فلا يجوز اشتراط مراجعة

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٦٩.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١٤٥. الشرح الكبير: ج ٥ ص ١٣٤. حلية العلماء: ج ٥ ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.

أحدهما الآخر[1]. إذ هو ـ كما ترى ـ لا مستند له، بل إطلاق الأدلّة على خلافه.

إنّما الكلام في جملة من الفروع المتعلّقة بالمسألتين، التي لم نعثر على محرّر لها.

منها: ما لو اتّفق فسخ المضاربة بفاسخ قهري أو اختياري، وكان أحدهما قد عمل وربح، والآخر بعدُ لم يعمل، فهل يستحقّ حصّته من الربح، وإن لم يكن له مال ولا عمل؟

ومنها: فيما لو قارض الاثنان واحداً بعقد واحد وحصّة مشاعة منهما، إلّا أنّ مال كلّ منهما متميّز، فعمل بأحدهما وربح، ولم يعمل بالآخر أو عمل ولم يربح، واتّفق انفساخ المضاربة، فهل يستحقّ من لم يربح ماله بربح مال الآخر؟ وهل تجبر خسارة مال أحدهما بربح مال الآخر باعتبار اتّحاد عقد المضاربة.

أو لا، بل هي بمنزلة مضاربتين يلحق كلّاً منهما حكمها بالنسبة إلى ذلك، من غير مدخليّة للأُخرى فيها، وإنّما الاتّحاد يؤثّر بالنسبة إلى سراية الفسخ أو الانفساخ من أحدهما إلى الآخر؛ لكون العقد واحداً فلا يتبعّض؟

والذي يقوى في هذا: الثاني، كما أنّ الذي يقوى في سابقه: الأوّل؛

---

(١) العزيز (شرح الوجيز): ج ٦ ص ١٩، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٩٦، وانظر نهاية المطلب: ج ٧ ص ٥٤٣ فما بعدها.

لأنّه مقتضى عقد المضاربة .

إلى غير ذلك من الفروع في المقام ، التي تلحق الصور المتصوّرة فيه باعتبار تعدّد المالك والعامل واتّحاد المال وتعدّده ، ومنشأ الإشكال في الجميع : اتّحاد صيغة المضاربة ، فتأمّل ، والله العالم .

﴿ولو اختلفا في نصيب العامل، فالقول قول المالك مع يمينه﴾ عند علمائنا كما في التذكرة[١] ؛ لأنّه منكر للزائد ، ولأنّ الأصل تبعيّة النماء للمال ، فلا يخرج عنه إلّا ما أقرّ المالك بخروجه عنه ، من غير فرق في ذلك بين ظهور الربح وعدمه .

لكن في جامع المقاصد : «هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح ؛ لأنّ المالك متمكّن من منع الربح كلّه بفسخ العقد ، وأمّا بعد حصوله فإنّ كلّاً منهما مدّعٍ ومدّعى عليه ، فإنّ المالك يدّعي استحقاق العمل الصادر بالحصّة الدنيا والعامل ينكر ذلك»[٢] .

وضعّفه في المسالك بـ«أنّ نفس العمل لا تتناوله الدعوى ؛ لأنّه بعد ج ٢٦ / ٣٧١
انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه ، وكذا قبله ؛ لأنّ العقد الجائز لا يستحقّ به العمل ، وإنّما المستحقّ المال الذي أصله للمالك وحقيقة النزاع فيه ، فيجيء فيه ما تقدّم من الأُصول»[٣] .

قلت : أوّلاً : قد يتصوّر النزاع قبل ظهور الربح فيما لو اتّفق لزوم

(١) تذكرة الفقهاء: القراض / في التنازع ج ١٧ ص ١٢٧ ـ ١٢٨.
(٢) جامع المقاصد: القراض / في التفاسخ ج ٨ ص ١٦٧.
(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٧٠.

المضاربة ولو بالاشتراط في عقد لازم، وحينئذٍ تتّجه دعوى المالك.

وثانياً: أنّه لا ريب في أنّ كلّاً منهما مدّعٍ ومنكر إذا كان نزاعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة؛ ضرورة اقتضاء الأصل عدم كلّ من الشخصين.

نعم، بعد تعارض الأُصول في ذلك يرجع إلى أصل آخر، ولا ريب في كونه مع المالك؛ لأنّ الأصل عدم استحقاق العامل الزائد، نحو ما ذكروه في الاختلاف في الأُجرة في عقد الإجارة والثمن في البيع مع تلف عين المبيع... وغير ذلك من المقامات التي حكموا فيها بأنّ القول قول المالك.

بل ظهر لك حينئذٍ: أولويّة ذلك في حال ظهور الربح، وأمّا حال عدمه وفرض لزوم العقد، فإنّه وإن كان قد يقال: إنّ المالك حينئذٍ مدّعٍ استحقاق العمل، لكن قد يدفع: بأنّهما قد اتّفقا على استحقاقه وإنّما النزاع في الحصّة كالأُجرة، ولا ريب في أنّ مدّعي زيادتها هو المدّعي، بعد قطع النظر عن النزاع في تشخيص العقد المتضمّن لها، والله العالم.

﴿ولو دفع قراضاً في مرض الموت وشرط ربحاً، صحّ وملك العامل الحصّة﴾ وإن كانت أزيد من أُجرة المثل وقلنا: بأنّ التبرّعات من الثلث، لكن من المعلوم أنّ ذلك فيما إذا فات سببها على الوارث، بخلاف المقام الذي لا فوات، فإنّ الربح أمر معدوم متوقّع الحصول، وليس مالاً للمريض، بل هو ـ على تقدير حصوله ـ أمر جديد حصل

بسعي العامل وحدث على ملكه بعد العقد، فلم يكن للوارث فيه اعتراض. وبذلك افترق عن مثل نماء الدابّة والشجرة.

﴿ولو قال العامل: ربحت كذا، ورجع، لم يقبل رجوعه. وكذا لو ادّعى الغلط﴾ لسبق إقراره الماضي عليه بقاعدة: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[1]، وقاعدة: «عدم سماع الإنكار بعد الإقرار»[2]. ↑ ج ٢٦ / ٣٧٢
السالمتين عن معارضة قاعدة: «سماع الأمين في كلّ ما يدّعيه»[3] بعد عدم ثبوت هذا العموم فيها، وإنّما الثابت المسلّم منها ما لم يسبق بإقرار.

وعلى فرض العموم المزبور يمكن ترجيح قاعدة الإقرار عليها، فتخصّ بها حينئذٍ، بل قد يقال: إنّ ما نحن فيه من تقديم أحد قولي الأمين على الآخر.

وعلى كلّ حال، فلا ريب في تقديم إقراره السابق، من غير فرق في ذلك بين ذكره وجهاً له محتملاً وعدمه، خلافاً لبعض العامّة[4].

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع من المقدّمة ح ١٠٤ ج ١ ص ٢٢٣، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الإقرار ح ٢ ج ٢٣ ص ١٨٤، مستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب الإقرار ح ١ ج ١٦ ص ٣١.

(٢) تستفاد من عدّة روايات، انظر وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب مقدّمات الحدود ج ٢٨ ص ٢٦.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب المضاربة ح ٣، وباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٥، وباب ١ من كتاب العارية ح ٧ و٨، وباب ٢٨ من كتاب الإجارة ح ١، وباب ٣٠ منها ح ١٢ ج ١٩ ص ٢١ و٨٠ و٩٣ و١٣٩ و١٥٢.

(٤) حلية العلماء: ج ٥ ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤.

بل ظاهر قول المصنّف وغيره[١]: «لم يقبل» عدم سماع بيّنته على ذلك ؛ لكونه مكذّباً لها بإقراره السابق . وعموم : «البيّنة على المدّعي»[٢] إنّما هو ظاهر في كون الدعوى مسموعة ، لا ما إذا أسقطها الشارع بقاعدة الإقرار ، فيبقى حينئذٍ شهادة البيّنة نفسها بلا دعوى ، ولا ريب في تقديم قوله ـ المخالف لها ـ عليها ؛ لعدم ثبوت حجّيّتها في هذا الحال ، خصوصاً بعد أن كان المشهود به حقّاً له ، فلا ريب في تقديم قوله فيه ، فتأمّل .

هذا كلّه إذا كان ذلك منه رجوعاً أو دعوى غلط ... أو نحو ذلك .

﴿أمّا لو قال: ثمّ خسرت، أو قال: ثمّ تلف الربح، قبل﴾ لأنّه أمين يصدّق بالنسبة إلى ذلك . نعم ، قيّده في التذكرة : فيما إذا كان دعوى الخسران في موضع يُحتمل ـ بأن عرض في السوق كساد ـ وإلّا لم يقبل[٣] . ولا بأس به .

﴿والعامل يملك حصّته من الربح بظهوره﴾ ملكاً متزلزلاً ﴿ولا يتوقّف﴾ ذلك ﴿على وجوده ناضّاً﴾ على المشهور بين الأصحاب ، بل لا يكاد يتحقّق مخالف فيه منّا كما في المسالك[٤] ، بل

---

(١) كالشيخ في المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٨٧، والعلّامة في التحرير: القراض / في أحكام النزاع ج ٣ ص ٢٦٩، والكركي في جامع المقاصد: القراض / في التفاسخ ج ٨ ص ١٦٨، والسبزواري في الكفاية: المضاربة / في الربح ج ١ ص ٦٣١.

(٢) تقدّم في ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: القراض / في التنازع ج ١٧ ص ١٢٦.

(٤) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٧١.

لعلّه ظاهر التذكرة أيضاً[١]؛ لـ:

اتّفاق اقتضاء العقد والنصّ والفتوى على كون الربح بينهما، ولا ريب في تحقّقه بمجرّد ظهوره لغةً وعرفاً.

وخصوص الصحيح: «رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربةً، فاشترى أباه وهو لا يعلم؟ قال: يقوّم، فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعي في مال الرجل»[٢]؛ إذ لو لم يكن مالكاً لحصّته بالظهور لم ينعتق، فلا وجه حينئذٍ لذلك إلّا دخول الحصّة في الملك، ويسري ↑ ج ٢٦ / ٢٧٣
العتق في الباقي كما هو القاعدة فيه.

ولأنّ الربح مع ظهوره مملوك، فلابدّ له من مالك، وربّ المال لا يملكه اتّفاقاً[٣]، ولا يثبت أحكام الملك في حقّه، فيلزم أن يكون العامل؛ إذ لا مالك غيرهما اتّفاقاً[٤].

ولأنّ العامل يملك المطالبة بالقسمة التي هي فرع الملك؛ إذ لا يكفي في استحقاقها مجرّد العلقة، لأنّها حينئذٍ ليست قسمة حقيقةً، وإطلاقهم يقتضي أنّها حقيقة.

لكن مع ذلك كلّه عن الفخر عن والده: «أنّ في المسألة أربعة أقوال،

---

(١) تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ١٠٦ ـ ١٠٧.

(٢) الكافي: المعيشة / باب ضمان المضاربة ح ٨ ج ٥ ص ٢٤١. تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٢٧ ج ٧ ص ١٩٠. وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب المضاربة ح ١ ج ١٩ ص ٢٥.

(٣) كما في مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٧١.

(٤) انظر الهامش السابق.

وإن كان لم يذكر القائل بها :» .

«أحدها : ما سمعت» .

«الثاني : الملك بالإنضاض ؛ لأنّه قبله غير موجود خارجاً ، بل مقدّر موهوم ، والمملوك لابدّ أن يكون محقّق الوجود . نعم ، الظهور موجب لاستحقاق الملك بعد التحقّق ؛ ولهذا يورث عنه ويضمن حصّته من أتلف المال ، وإن كان المالك» .

«الثالث : الملك بالقسمة ؛ لأنّه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعاً في المال كسائر الأموال المشتركة ، والتالي باطل ؛ لانحصاره في الربح ، ولأنّه لو ملك لاختصّ بربحه ، ولأنّ القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط ، فلا يستحقّ العوض فيها إلّا بتمامه ، كمالِ الجعالة» .

«الرابع : أنّ القسمة كاشفة عن ملك العامل ؛ لأنّ القسمة ليست من الأسباب المملّكة ، والمقتضي للملك إنّما هو العمل ، وهي دالّة على تمام العمل الموجب للملك»[1] .

لكن في المسالك عن التذكرة أنّه «لم يذكر في المسألة عن سائر الفقهاء من العامّة والخاصّة سوى القولين الأوّلين ، وجعل الثاني للشافعي في أحد قوليه ولأحمد في إحدى الروايتين ، ووافقنا[2] في الباقي على الأوّل ، فلا يدرى لمن ينسب هذه الأقوال» .

---

(١) إيضاح الفوائد: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٢٢ ـ ٣٢٣.

(٢) في المصدر: ووافقا.

«وهي ـ مع ذلك ـ ضعيفة المأخذ ؛ فإنّا لا نسلّم أنّ الربح قبل الإنضاض غير موجود ؛ لأنّ المال غير منحصر في النقد ، فإذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال ، والزائد ربح متحقّق الوجود» .

«ولو سلّم أنّه غير محقّق الوجود لا يقدح في كونه ملكاً ، فإنّ الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج ، بل هو في الذمّة أمر كلّي . ج ٢٦ / ٣٧٤
هذا ما على الثاني» .

«وعلى الثالث : أنّه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع ؛ إذ يجوز أن يكون مالكاً ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال ، فيكون الملك متزلزلاً واستقراره مشروط بالسلامة . وكذا لا منافاة بين ملك الحصّة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك» .

«ولأنّه لو اختصّ بربح نصيبه لاستحقّ من الربح أكثر ممّا شرط له ، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه» .

«ولأنّ القسمة ليست من العمل في شيء ، فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك ، فلا وجه للإلحاق بالجعالة ، كما نبّه عليه في وجه الرابع» .

«ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع ؛ لأنّه مرتّب عليها»[١] .

وقد تبع بذلك ـ كلّه أو أكثره ـ ما في التذكرة[٢] وجامع المقاصد[٣] .

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ١٠٦ ـ ١٠٨.

(٣) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٢٤ وما بعدها.

إلّا أنّ الإنصاف: عدم خلوّ المسألة من إشكال إن لم يكن إجماعاً؛ وذلك لأنّ الربح حقيقةً ما زاد على عين الأصل الذي هو رأس المال، وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له ذمّةً ولا خارجاً، وإنّما هو من فروض الذهن، وبذلك افترقت عن الدين الذي هو وإن كان كلّيّاً إلّا أنّه مال ـ شرعاً وعرفاً ـ موجود في الذمّة، بخلاف قيمة الشيء.

وعدم انحصار المال في النقد ـ بل هو والعرض مال ـ لا يقتضي تحقّق الربح حقيقةً بعد ما عرفت أنّه حقيقةً الزائد على عين رأس المال، المتوقّف على تحقّق رأس المال في الخارج، ولا يكفي فيه كون الشيء يسوى مقدار رأس المال؛ ضرورة عدم صيرورته بذلك عين رأس المال.

نعم، قد يطلق على مثل ذلك أنّه ربحٌ تسامحاً، بناءً على أصل السلامة وإمكان الإنضاض في سائر الأوقات ... ونحو ذلك ممّا يخرجه من القوّة إلى الفعل، وحيث كانت قريبة إليه أُطلق عليه اسم الربح. وبذلك يظهر لك سقوط جملة من الأدلّة السابقة المبنيّة على كون ذلك ربحاً حقيقةً.

وطلب القسمة حقيقةً إنّما يتمّ بعد الفسخ مع رضا المالك بالعروض عوضاً عن رأس ماله، وهو خروج عمّا نحن فيه.

نعم، لا بأس أن يقال: إنّه بالظهور ملك العامل أن يملك؛ بمعنى: أنّ له الإنضاض ولو قدر رأس المال، فيتحقّق الربح حينئذٍ ويتبعه تحقّق ↑
ج ٢٦ / ٣٧٥ الملك، وبه يورث ويضمن التالف له ... وغير ذلك، فإن أراد

الأصحاب بالملك حال الظهور هذا المعنى ـ الذي لا ينافيه قواعد الشركة ولا قاعدة تبعيّة النماء ولا غير ذلك ـ كان متّجهاً، وإلّا فقد عرفت ما فيه إن لم يكن إجماعاً.

بل لعلّ الوجه في خبر عتق الأب(١) ذلك أيضاً، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية، فإنّ مِلك أن يملك جزءً من الأب أيضاً موجب كالملك نفسه، فتأمّل جيّداً، فإنّ المسألة محتاجة إلى تأمّل وحسن انتقاد.

وكيف كان، فقد صرّح غير واحد من الأصحاب ـ القائلين بالملك بالظهور ـ: أنّ المراد به ملك متزلزل(٢)، بل لعلّه إجماع بينهم، وحينئذٍ فالكلام فيما يستقرّ به.

وفي المسالك: «هو إمّا إنضاض جميع المال أو إنضاض قدر رأس المال، مع الفسخ أو القسمة أو لا معها على قول قويّ، وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف أو خسران، سواء كان الربح والخسران في مرّة واحدة أو مرّتين، أو في صفقة أو اثنتين، وفي سفرة أم سفرات؛ لأنّ معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في زمن ذلك العقد، فإذا لم يفضل شيء فلا ربح، وهو محلّ وفاق، وسيأتي بعض أحكام ذلك»(٣).

---

(١) تقدّم في ص ٧٣١.

(٢) تحريرالأحكام: القراض / في أركانه ج ٣ ص ٢٥٢، مفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٥٢ ج ٣ ص ٩٣، كفاية الأحكام: المضاربة / في الربح ج ١ ص ٦٣٠.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في الربح ج ٤ ص ٣٧٣.

وفي القواعد: «وإنّما يستقرّ بالقسمة أو الإنضاض والفسخ قبل القسمة»[١].

وتفصيل الحال: أنّ في المسألة صوراً؛ وذلك لأنّه إمّا ينضمّ إلى الظهور إنضاض جميع المال أو قدر رأس المال ـ مع الفسخ والقسمة، أو أحدهما، أو بدونهما ـ أو ينضمّ إليه القسمة دون الإنضاض، ثمّ القسمة إمّا للربح فقط أو لجميع المال:

الأُولى: أن ينضمّ إلى الظهور الإنضاض لجميع المال ـ أو قدر رأس المال فقط ـ مع الفسخ والقسمة، ولا ريب في الاستقرار حينئذٍ؛ ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك.

الثانية: الصورة بحالها لكن مع عدم القسمة، وفيه[٢] وجهان:

أصحّهما في جامع المقاصد[٣] ـ ومقرّبهما في التذكرة[٤]، ومختارهما في ظاهر القواعد[٥] ـ الاستقرار؛ لأنّ العقد قد ارتفع ورأس المال حاصل ناضّ، فيخرج عن كونه وقاية؛ لارتفاع حكم القراض ↑ ج ٢٦
بارتفاع العقد، ولوجوب صرف الربح إلى ما شرطاه حيث ارتفع العقد. ٣٧٦

والثاني: العدم؛ للاستصحاب، ولظاهر قوله [عليه السلام]: «على اليد ماأخذت حتّى تؤدّي»[٦]. ولعلّه لذلك تردّد الفاضل في محكيّ

---

(١) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٤٢.

(٢) الأولى التعبير بـ«وفيها».

(٣) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٢٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ١٠٩.

(٥) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٤٢.

(٦) تقدّم في ص ٣٩٤، وانظر هامش (٢) من ص ٣٠٩.

التحرير[١].

لكن قد يجاب عنهما بـ «حصول الناقل عن الأوّل بارتفاع العقد المقتضي لخروج المال عن كونه مال قراض، فيبقى أمانة؛ لأنّ اليد في الأصل لم تكن يد ضمان، فينتفي حكم جبرانه من الربح؛ لأنّه دائر مع كونه قراضاً».

«وبأنّ وضع اليد على مال الغير وإن كان في العهدة إلى الأداء، إلّا أنّه لا يلزمه خسران التالف بغير تقصير من الربح في صورة النزاع؛ وإلّا لانتقض بما بعد القسمة قبل القبض»[٢].

وفيه: منع ارتفاع صدق اسم مال القراض عليه، وإن ارتفع بالفسخ صدق كون العامل مقارَضاً، والأدلّة مطلقة في أنّ الوضيعة في مال المضاربة على الربح الذي هو بينهما مع عدمها.

فالمتّجه حينئذٍ: بقاء حكم المضاربة على مالها، خصوصاً مع فرض عدم إنضاض بعض مالها وقلنا: بأنّ للمالك مطالبة العامل بذلك؛ إذ هو ليس إلّا لبقاء حكم العقد السابق وإن انفسخ. وربّما يرشد إلى ذلك ما تسمعه في الصورة الثالثة.

بل قد يقال: إنّ تسليم رأس المال إلى المالك الذي أخذه منه من تتمّة انتهاء عمل المضاربة؛ وإلّا لزم عدم كون الخسران من الربح فيما لو نضّ المال أجمع في بلد عمل العامل ـ التي سافر إليها وفسخ هو عقد

(١) تحريرالأحكام: القراض / في أركانه ج ٣ ص ٢٥٢.
(٢) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٢٦ ـ ١٢٧.

المضاربة ـ ثمّ تلف بعض المال قبل الوصول إلى المالك، والتزامه منافٍ لظاهر الأدلّة.

إلى غير ذلك ممّا لا يخفى بأدنى تأمّل؛ كزيادة قيم عروض المضاربة قبل القسمة وقبل الوصول، فإنّ الظاهر استحقاق العامل فيها[1] على شرطه في عقد المضاربة ... وغير ذلك ممّا يعرف منه قوّة الوجه الثاني.

الثالثة: أن يقع الفسخ والمال عروض كلّه أو بعضه؛ بحيث لم ينضّ رأس المال، فإن حصلت القسمة مع ذلك حصل الاستقرار لانقطاع حكم القراض، وإلّا بني على أنّ العامل هل يجبر على البيع والإنضاض؟ فإن قلنا به فحكم القراض باقٍ لبقاء العمل، وإن قلنا بالعدم فوجهان، كالوجهين السابقين في الصورة الثانية.

الرابعة: أن تكون القسمة للربح خاصّة، ولا ريب في عدم مدخليّته في الاستقرار، بل إن حصل شيء من الأُمور المذكورة يقتضي الاستقرار فثبوته به، وإلّا فلا. ↑ ج ٢٦ ٣٧٧

وبذلك كلّه ظهر لك ما في عبارة القواعد: من الحكم بالاستقرار بالقسمة في مقابل الإنضاض[2]، المقتضي للاستقرار بها وإن كان المال عروضاً كلّه أو بعضه.

فإنّ فيه: عدم إيجابها الاستقرار بمجرّدها من دون فسخ القراض؛

---

(١) تحتمل المعتمدة بدلها: منها.

(٢) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٤٢.

إذ لا معنى لها حينئذٍ إلّا قسمة الربح، لأنّ رأس المال لا شركة فيه إلّا باعتباره. وقسمة الربح وحدها لا تخرجه عن كونه وقاية؛ إذ المدار فيه على ارتفاع القراض وانتهاء عمله.

وكذا قوله: «أو الإنضاض والفسخ»[1] يقتضي ظاهراً اعتبار إنضاض جميع المال، وقد عرفت أنّه يكفي إنضاض قدر رأس المال، كما أنّه يقتضي عدم الاستقرار إذا حصل الفسخ والمال عروض، لكنّه صحيح على مختاره من وجوب الإنضاض على العامل.

وأمّا عبارة المسالك فلا ريب في فسادها على ما حضرني من نسختها من عطف القسمة بـ«أو»[2]، لكنّها غير نقيّة من الغلط، والمتّجه كونها بالواو، وحينئذٍ يأتي فيما اختاره البحث السابق الذي ذكرناه في الصورة الثانية.

وأمّا الصورة الثالثة فليست مذكورة في كلامه، وظاهره عدم الاستقرار فيها، وقد عرفت الحال.

كما أنّك عرفت الإشارة إلى صورة الفسخ مع القسمة قبل القبض، والمتّجه حصول القرار فيها.

بل ويتّجه القرار أيضاً بإتلاف المالك مال المضاربة الذي ظهر فيه الربح؛ لتمحّض حقّ العامل حينئذٍ في ذمّة المالك وانفساخ المضاربة حينئذٍ، كما لو استردّ المال منه، بخلاف ما لو أتلفه أجنبي، فإنّ الظاهر

---

(١) المصدر السابق.

(٢) نسختنا من المسالك مطابقة لنسخة الشارح ﷺ، وقد تقدّم المصدر عند نقل العبارة.

بقاء المضاربة فيما اشتغلت به ذمّة الأجنبي، كما صرّح به الفاضل في التذكرة[١]، والله العالم.

الأمر ﴿الرابع: في اللواحق﴾

﴿وفيه مسائل﴾:

﴿الأُولى﴾

لا خلاف[٢] ولا إشكال في أنّ ﴿العامل أمين﴾ بل هو إجماعيّ[٣]، فـ ﴿لا يضمن﴾ حينئذٍ ﴿ما يتلف إلّا عن تفريط أو خيانة﴾ ولو للتعدّي فيه؛ بأن فعل فيه ما لم يؤذن له شرعاً فيه. ولعلّ ↑ ج ٢٦ / ٣٧٨
منه: السفر بلا إذن من المالك، وشراء شيء نهاه المالك عنه ... ونحو ذلك ممّا عرفت ضمان العامل فيه وإن بقيت المضاربة.

بل ظاهر الأدلّة كونه ضامناً للوضيعة التي تكون في ذلك، بل صريح بعضهم ـ أو ظاهره ـ ضمانه الثمن الذي يكون للشيء في البلد التي سافر عنها[٤].

بل قد يقال ـ أو يقوى ـ ضمانه الوضيعة المتجدّدة بعد التعدّي وبالسفر مثلاً وإن تساوى السعر في البلدين؛ على وجهٍ لو بقي في البلد

---

(١) تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ١١٠.

(٢) كما في جامع المقاصد: القراض / في التفاسخ ج ٨ ص ١٦٥، والحدائق الناضرة: المضاربة / في اللواحق ج ٢١ ص ٢٤٠.

(٣) كما في غنية النزوع: في المضاربة ص ٢٦٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ٩٧ ـ ٩٨.

التي سافر عنها لحصلت تلك الوضيعة أيضاً ؛ لإطلاق كونها على العامل مع مخالفته .

نعم ، لو فرض كون الوضيعة سابقة على سفره ، فتعدّى وسافر وباع بما فيه تلك الوضيعة ، أمكن حينئذٍ عدم الضمان ، فتأمّل .

وعلى كلّ حال ، فلا إشكال ﴿و﴾ لا خلاف[1] في أنّ ﴿قوله﴾ أي العامل ﴿مقبول في التلف﴾ لأنّه أمين وذو يد على المال بإذن المالك ، من غير فرق عندنا بين دعواه التلف بأمر ظاهر يمكن إقامة البيّنة عليه ، أو خفي .

﴿وهل يقبل في الردّ؟ فيه تردّد﴾ : من كونه أميناً كالودعي ، ولما في عدم قبول قوله من التكليف بما لا يطاق ـ لاحتمال صدقه ، فتكليفه ثانياً بذلك من ذلك ـ أو التخليد بالسجن . وهو المحكي عن الشيخ[2] . ومن أصالة عدم الردّ ، فيكون المالك منكراً .

﴿أظهره أنّه لا يقبل﴾ لعموم قوله عليه السلام : «البيّنة على المدّعي»[3] ، وقبول قوله في التلف ـ مثلاً ـ لا يقتضي القبول في ذلك ، وليس في الأدلّة ما يقتضي قبول قول الأمين في جميع ما يدّعيه على وجهٍ يشمل ما نحن فيه .

والقياس على الودعي غير جائز عندنا ، خصوصاً بعد الفرق بينهما :

---

(١) كما في رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٥٤.

(٢) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٤ ـ ١٧٥.

(٣) تقدّم في ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦.

بالقبض هناك لمصلحة المالك خاصّة، بخلاف المقام الذي هو لمصلحتهما.

والتكليف بردّ المثل أو القيمة يرفع التكليف بما لا يطاق والتخليد بالسجن؛ إذ الكلام هنا في القبول وعدمه من حيث الغرامة وعدمها، لا من حيث خصوص العين وعدمها.

فمن الغريب ما في جامع المقاصد[1] والمسالك[2] من «أنّه إذا لم يقبل قوله في الردّ يلزم تخليده في السجن لو أصرّ على إنكاره المحتمل الصدق، وهم قد تحرّجوا من ذلك في الغاصب حيث يدّعي التلف، فضلاً عن المقام الذي هو أمين». ↑ ج ٢٦ / ٣٧٩

«إلّا أن يحمل على مؤاخذته ومطالبته به وإن أدّت إلى الحبس؛ للاستظهار به إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين، ثمّ يؤخذ منه البدل للحيلولة».

«إلّا أنّ مثل هذا يأتي في دعوى التلف، خصوصاً من الغاصب. وليس في كلامهم تنقيح لهذا، فينبغي النظر فيه».

قلت: لا بأس بالتزامه في المقام والغاصب مع فرض ثبوت العين عنده في ظاهر الشرع، إلّا أن يرضى المالك بالبدل، ويكون ذلك من جملة التعزيرات الشرعيّة.

لكن لا يخفى عليك أنّ ذلك كلّه خروج عمّا نحن فيه، وإن كان هو

---

(١) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٦٦ ـ ١٦٧.

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٧٥.

جيّداً حيث تكون الدعوى في خصوص العين.

فما أطنب فيه صاحب الحدائق ـ من الإنكار عليه ـ قائلاً: «إنّي لا أعرف له وجهاً؛ إذ الدعاوي كلّها من هذا القبيل»[1] في غير محلّه؛ ضرورة أنّه ليس ذلك منهما في دعوى الغرامات ونحوها، وإنّما هو في دعوى خصوص العين.

نعم، فيه: ما ذكرناه من أنّ المراد هنا من القبول وعدمه بالنسبة إلى الغرامة، ولو فرض إرادة المالك خصوص العين لاتّجه حينئذٍ ما ذكراه، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا اشترى﴾ العامل ﴿من ينعتق على ربّ المال؛ فإن كان بإذنه صحّ﴾ الشراء ﴿وينعتق﴾ قهراً عليه؛ لعدم ملك الولد العمودين ﴿فإن فضل شيء[2] من المال﴾ الذي دفعه للقراض ﴿عن ثمنه كان هو[3]﴾ أي الباقي ﴿قراضاً﴾ لعدم انفساخ عقده، وإلّا بطل القراض؛ لأنّ مبنى عقد القراض على طلب الربح، فكلّ تصرّف ينافيه يكون باطلاً، ومن جملته شراء من ينعتق على المالك؛ لأنّه تخسير محض، فضلاً عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد.

---

(١) الحدائق الناضرة: المضاربة / في اللواحق ج ٢١ ص ٢٤١.

(٢) أُخّرت هذه الكلمة في نسختي الشرائع والمسالك عن «ثمنه» الآتية.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: الفاضل.

فمع فرض إذن المالك فيه، وشراء العامل له بعنوان هذه الإذن، لم يكن ذلك من تصرّف المضاربة، وإنّما هو من تصرّف الوكالة الخارجة عنها، فتبطل حينئذٍ في ثمنها الذي هو بمنزلة استردادالمالك له، ويكون الباقي حينئذٍ رأس المال إن كان، وإلّا بطلت المضاربة من أصلها. هذا كلّه إذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو كان فيـ﴾ـه أي ﴿العبد المذكور فضل﴾ فالمحكي عن بعض[1]: أنّه متى كان كذلك ﴿ضمن ربّ المال حصّة العامل من الزيادة﴾ لتحقّق الملك بالظهور، ولا يقدح فيه العتق القهري الصادر ↑ ج ٢٦ / ٣٨٠ بإذن المالك، الذي مرجعه إلى استرداد طائفة من المال بعد ظهور الربح وإتلافها، وإن سرى على العامل أيضاً بناءً على السراية في مثله، إلّا أنّه يغرم المالك له نصيبه مع يساره، وإلّا استسعي العبد فيه.

﴿و﴾ لكن مع ذلك كلّه ﴿الوجه﴾ عند المصنّف وثاني الشهيدين[2] وغيرهما[3] ﴿الأُجرة﴾ لا الحصّة؛ لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربة، المعتبر فيه إمكان تقليب المال للربح.

وأمّا الأُجرة فهي كما في المسالك: «على هذا العمل وعلى ما تقدّمه من الحركات ـ والسفر وغيره من المقدّمات ـ من حين العقد إلى حين

---

(١) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٥، الجامع للشرائع: باب المضاربة ص ٣١٥.

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٧٦.

(٣) كالعلّامة في المختلف: الإجارة / في القراض ج ٦ ص ٢٤٨، وولده في الإيضاح: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣١٣، والمقداد في التنقيح: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢٢٤، والصيمري في غاية المرام: المضاربة / في اللواحق ج ٢ ص ٢٥٤.

وقوع الشراء الذي هو مع إذن المالك في قوّة فسخه، فيثبت للعامل عليه الأُجرة، كما إذا فسخ المالك قبل أن يشتري العامل، ولكن بعد أن سعى وسافر وعمل نحو ذلك».

«وأمّا العمل المزبور[١] فهو وإن لم يكن من مقتضيات العقد، لكنّه عمل مأمور به من المالك، من فاعل مُعدّ نفسه للعمل بالعوض، فيجب أن يثبت له أُجرة مثله. بل على فرض انحصار العمل من حين العقد فيه، ففيه الأُجرة إن كان مثله ممّا يحتمل الأُجرة، وإلّا فلا».

«وحكم المصنّف رحمه الله وغيره بالأُجرة لا يسع أزيد من ذلك، بل المراد: إن كان العمل له أُجرة فإنّ الإحالة على أُجرة المثل تقتضي أنّ للمثل أُجرة قطعاً».

إلى أن قال[٢]: «وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل، الذي مبنى عمله على التبرّع، والأُجرة ليست من مقتضياته، بخلاف القراض، فإنّه مبنيّ على طلب العوض على عمله، من حصّة أو أُجرة»[٣].

قلت: هذا خلاصة ما في المسالك، بل وجامع المقاصد[٤]، بل وغيرهما[٥].

---

(١) في المصدر بدل «العمل المزبور»: هذا العقد.

(٢) «إلى أن قال» زائدة؛ إذ لا فاصلة في المصدر بين ما قبلها وما بعدها.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٧٧.

(٤) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ٩٧ ـ ٩٨.

(٥) كالحدائق الناضرة: المضاربة / في اللواحق ج ٢١ ص ٢٤٥ ـ ٢٤٦.

لكن لا يخفى عليك أوّلاً : ـ إن لم يكن إجماع ـ أنّه لا مانع من جعل مثل هذا التصرّف من مقتضى المضاربة مع التصريح من المالك على جهة ضمان حصّته من الربح ، أو يسعى العبد فيها ، أو صيرورة العبد مشتركاً بينه وبين المالك بناءً على عدم السراية ؛ لإطلاق الأدلّة ، بل لعلّ صحيح شراء العامل أباه[1] ـ الموجب لسراية العتق أيضاً على المالك ـ ممّا يومئ إليه أيضاً . وقد عرفت سابقاً عدم دليل على اعتبار إمكان التقليب في كلّ جزء من مال المضاربة . نعم ، قد يقال : إنّ كلّ ذلك ونحوه لا يندرج في إطلاقها . ج ٢٦ / ٢٨١

وثانياً : أنّ المتّجه عدم الحصّة والأُجرة معاً بناءً على عدم كونه من تصرّف المضاربة ؛ ضرورة صيرورته بالإذن في ذلك وكيلاً محضاً على ذلك إذا كانت هي المراد منها ، وإن أدّى ثمنه من مال المضاربة الذي هو أحد أموال المالك .

وما ذكره من الأُجرة على المقدّمات خروج عمّا نحن فيه ؛ ضرورة كون الكلام في الأُجرة على نفس العمل ، كما أنّ دعواه الفرق المزبور بين العامل والوكيل كذلك أيضاً ؛ إذ هو في عمل العامل فيما عقد عليه من العمل ، لا في عمل أجنبيّ خارج عن المضاربة على ما هو المفروض .

نعم ، يبقى احتمال الأُجرة باعتبار كونه عملاً مأذوناً فيه ولم يظهر من العامل له التبرّع ـ لتصريح بوكالة أو غيرها ـ وكان العمل ممّا له

---

(١) تقدّم في ص ٧٣١.

أُجرة، من غير فرق في ذلك بين عامل المضاربة وغيره، كما أنّه لا فرق في المقام بين ظهور الربح وعدمه بناءً على ذلك، فجعل الأُجرة من المصنّف وغيره[1] ـ فيما لو ظهر الربح ـ في غير محلّه بناءً على أنّ ذلك ليس من عمل المضاربة، كما هو واضح.

وثالثاً: أنّ ما ذكره من أنّ ذلك من المالك في قوّة فسخ المضاربة في ثمن العبد، قد يناقش فيه: بأنّه يقتضي انفساخ العقد أجمع؛ لعدم تبعّض العقد بالنسبة إلى ذلك، لا أنّ المضاربة باقية فيما بقي؛ إذ ليس هو كتلف بعض رأس المال؛ إذ ليس ذلك فسخاً للعقد، بل خروج عن قابليّة جريان أثر العقد فيه.

فالأولى حينئذٍ: جعل المقام منه، لا من فسخ المالك في بعض مال المضاربة باستردادٍ ونحوه، والأمر سهل، والله العالم.

هذا كلّه إذا كان الشراء من العامل بإذن المالك ﴿وإن كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل﴾ أي كان موقوفاً على الإجازة، فيصحّ الشراء حينئذٍ ويقع العتق، وإن لم يكن من المضاربة بناءً على عدم اندراج مثلها في تصرّفها مع التصريح بالإذن، فضلاً عن الإطلاق.

واحتمال: البطلان وعدم تأثير الإجازة في مثل هذا التصرّف ـ للنهي عنه ـ كما ترى؛ ضرورة عدم نهي عنه لذاته أو لبعض أركانه كي يترتّب عليه الفساد، وإنّما هو لعدم ترتّب حكم المضاربة عليه، وذلك لا

(١) كالعلّامة في القواعد: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٣٩.

ينافي الفضوليّة، خصوصاً إذا كان قد أوقعه بعنوانها، كما هو واضح.

وعلى كلّ حال، فظاهر المصنّف عدم الفرق في ذلك ـ وفيما يأتي من الشراء بالذمّة ـ بين العلم بالنسب وحكم الشراء المذكور والجهل بهما أو بأحدهما؛ لما عرفت من عدم دخول هذا التصرّف في المضاربة، حتّى مع التصريح بالإذن. والتباس الأمر ظاهراً لا يقتضي الإذن. ↑ ج ٢٦ / ٣٨٢

لكن احتمل بعضهم[١] الفرق أو مال إليه، فحكم مع الجهل بصحّة البيع والانعتاق على المالك قهراً، ولا ضمان على العامل؛ لأنّ العقد المذكور إنّما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر، لا في نفس الأمر؛ لاستحالة توجّه الخطاب إلى الغافل، لاستلزامه التكليف بما لا يطاق، كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه، فتلف بذلك العيب.

والفرق بين المعيب وما نحن فيه: بجواز شراء المعيب اختياراً دونه، لا يدخل فيما نحن فيه؛ لأنّ الكلام في حالة لا ربح فيها بفرض إتيان العيب على النفس والحال أنّه جاهل به، وافتراقه عنه في حالة أُخرى لا دخل له في المطلوب.

وبالجملة: حكمهم بصحّة العقود التي يظنّ فيها الربح وإن ظهرت على خلاف ذلك ـ بل على ضدّه ـ يقتضي كون الحكم هنا كذلك.

ومن هنا استشكل في المقام ثاني الشهيدين، بل قال: «ويقوى

---

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٧٨، والبحراني في الحدائق: المضاربة / في اللواحق ج ٢١ ص ٢٤٥.

الإشكال في جاهل أحدهما، خصوصاً جاهل الحكم؛ لأنّه غير معذور، لقدرته على التحفّظ، فإنّ العلم مقدور لنا. أمّا جاهل النسب فمعذور بما تقدّم»[١].

كما أنّه في جامع المقاصد مال إلى بطلان البيع في المقام وفي غيره من شراء المعيب ونحوه، قال: «فإن قيل: فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خالياً من الغبطة وإنّما ظنّها العامل بظنّ السلامة، وكذا كلّ موضع ظنّ الغبطة فظهر خلافها؟ قلت: لا أعلم الآن تصريحاً في حكم ذلك، والمتّجه عدم صحّة البيع، فتأتي الأحكام السابقة»[٢].

قلت: قد يفرّق بين المقام والمعيب ونحوه: بأنّ مبنى المضاربة على الاجتهاد بالنسبة إلى العيب وعدمه والرغبة فيها وعدمها ... ونحو ذلك ممّا يكون في ماليّة الشيء، فالخطأ والصواب فيه حينئذٍ كلّه من توابع المضاربة؛ ضرورة جريانها على المتعارف في أعمال التجّار التي لا ريب في اتّفاق ذلك فيها.

↑ بخلاف المقام الذي لم يكن حاضراً في الذهن ولا هو من
ج ٢٦ متعارف التجارة، فمع فرض عدم كون شرائه من تصرّف المضاربة
٣٨٣ ولا أذن فيه صريحاً لم يكن الجهل به أو بحكمه موجباً للإذن من المالك؛ ضرورة عدم كون عنوان الإذن في المضاربة المجهول حاله على وجهٍ يشمل المقام.

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٧٨ ـ ٣٧٩.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٠١.

فلا يبعد كون العلم طريقاً في المفروض، بخلاف المعيب ونحوه فإنّه من عنوان المأذون فيه.

ومن الغريب ما سمعته من جامع المقاصد من دعوى فساد البيع فيه نحو المقام الذي ربّما ظهر من ثاني الشهيدين الإجماع على خلافه، حيث نسب الصحّة فيه إلى حكمهم[١]، وإن كان قد عرفت أنّ اندراج ما نحن فيه فيه ـ على وجهٍ يترتّب عليه صحّة البيع والانعتاق وإن قلنا: إنّه ليس من تصرّف المضاربة ـ محلّ منع.

فالمتّجه حينئذٍ: الفرق بين المقامين كما هو ظاهر المصنّف والفاضل[٢] حيث أطلقا الحكم بالبطلان من غير فرق بين حالَي العلم والجهل.

وكيف كان، هذا كلّه إذا وقع الشراء بالعين.

﴿و﴾ أمّا ﴿إن كان في الذمّة﴾ التي قد عرفت عدم اندراجه في إطلاق المضاربة في غير المقام ـ فضلاً عنه ـ فحينئذٍ متى كان كذلك ﴿وقع الشراء للعامل﴾ ظاهراً وباطناً ﴿إلّا أن يذكر ربّ المال﴾ لفظاً فيكون فضولاً، أو نيّةً فكذلك وإن اُلزم به ظاهراً، إلّا أنّه في الواقع موقوف على إجازة المالك، فمع فرض عدمها كان له بيعه ـ وإن كان أباه ـ مقاصّةً، كما هو واضح.

وكذا الكلام فيما لو اشترى من نذر المالك عتقه؛ بمعنى: صيرورته

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٧٨.

(٢) إرشاد الأذهان: الإجارة / في المضاربة ج ١ ص ٤٣٦.

حرّاً بدخوله في ملكه، من غير فرق في جميع ما ذكرناه، وإن أطلق في القواعد هنا صحّة الشراء والعتق على المالك[١]، لكنّ التحقيق عدم الفرق في المسألتين، والله العالم.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿لو كان المال لامرأة، فاشترى﴾ العامل ﴿زوجها: فإن كان بإذنها بطل النكاح﴾ لعدم اجتماعه مع الملك، كما حقّقناه في محلّه.

﴿وإن كان بغير إذنها، قيل: يصحّ الشراء﴾ ـ ولم نعرف قائله ـ لكونه من موضوع العمل المأذون فيه؛ إذ لا تلف فيه لرأس المال، مع إمكان طلب الربح فيه، فهو حينئذٍ كشراء غير الزوج.

﴿وقيل[٢]: يبطل﴾ الشراء ﴿لأنّ عليها في ذلك ضرراً﴾ بانفساخ النكاح المفوّت للمهر ـ في بعض الأحوال ـ وللنفقة وللاستمتاع ... ↑ ج ٢٦ / ٣٨٤
ونحو ذلك، فيكون تقييداً لإطلاق الإذن.

﴿وهو أشبه﴾ عند المصنّف، بل وعند ثاني المحقّقين[٣] والشهيدين[٤] أيضاً بناءً على إرادة الوقوف على الإجازة من البطلان،

---

(١) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٣٩.

(٢) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٦، واختاره العلّامة في الإرشاد: الإجارة / في المضاربة ج ١ ص ٤٣٦.

(٣) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٠٤، فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ١٩٢.

(٤) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٧٩.

لا هو مطلقاً حتّى معها، وإن كان هو محتملاً بل حكي قولاً[١]، إلّا أنّه كما ترى، مع أنّا لم نعرف قائله، وإن حكي عن ظاهر مبسوط الشيخ[٢]. لكنّ الحكم عليه واضح.

كوضوحه بناءً على الوقوف على الإجازة وقد أبطلته، بل وإن أجازته؛ ضرورة بطلان النكاح حينئذٍ وعدم ضمان ما فاتها من المهر والنفقة؛ لاستناده إلى اختيارها.

أمّا على القول بالصحّة، ففي المسالك: الجزم بضمان ما فات بسببه مع علمه بالزوجيّة؛ لأنّ التفويت جاء من قبله. قال: «لكنّ ضمانه للمهر ظاهر، أمّا النفقة فمشكل؛ لأنّها غير مقدّرة بالنسبة إلى الزمان ولا موثوق باجتماع شرائطها، بل ليست حاصلة؛ لأنّ من جملتها التمكين في الزمان المستقبل، وهو غير واقع الآن. إلّا أن يقال: بأنّه يضمنها على التدريج، وهو بعيد. والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول، وهو الذي ذكره جماعة»[٣].

ونحوه في جامع المقاصد، قال: «لا ضمان على العامل لو أجازت المالكة البيع لما يفوت من المهر والنفقة؛ لأنّ ذلك باختيارها. أمّا على الثالث ـ أي الصحّة ـ فيضمن إذا كان عالماً؛ لأنّ التفويت جاء من قبله»[٤].

---

(١) كما في المتن، وقواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٣٩.

(٢) انظر «المبسوط» المتقدّم آنفاً.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨٠.

(٤) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٠٤.

قلت : هو من الغرائب إن أراد ضمان النفقة ؛ ضرورة عدم كونها مالاً لها قد فوّته عليها ، كما هو واضح ؛ وإلّا لضمنها القاتل للزوج .

وأمّا المهر : فهو وإن أُرسل ضمانه في كلامهما إرسال المسلّمات ـ كالفاضل في القواعد[1] ، بل قد سمعت ما في المسالك من كون الحكم بضمانه ظاهراً ـ لكن قد يناقش :

أوّلاً : بحصول الإذن منها ـ على فرض الصحّة ـ ولو في ضمن الإطلاق ؛ وإلّا لم يكن للحكم بها وجه ، وهي ترفع الضمان عن العامل كما لو وقعت صريحة ؛ ضرورة عدم الفرق بين استفادتهما من صريح اللفظ أو إطلاقه .

وثانياً : بمنع فوات المهر عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها ؛ لكونه مستحقّاً لها بالعقد .

↑ ج ٢٦ / ٣٨٥ ولعلّ مرادهما ضمانه المهر لسيّد العبد الذي هو الزوج . وهل هو مهر المثل أو الذي دفعه؟ احتمالان . كما أنّهما يأتيان بالنسبة إلى الجميع أو النصف مع فرض الحال فيما قبل الدخول .

وثالثاً : أنّه بناءً على أنّ ذلك من أسباب الضمان لم يكن للتقييد بالعلم وجه ؛ إذ لا تفاوت فيها بين العلم والجهل .

وبالجملة : هذا الكلام منهما لا يخفى ما فيه ، خصوصاً مع بناء الصحّة على حصول الإذن منها الرافعة لضمان العامل . وقد ذكرنا تحقيق الحال في نظير المسألة ـ وهو الفسخ بالرضاع ـ في كتاب

---

(١) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٣٩.

النكاح[١]، من أراده فليلحظه.

كما أنّه لا يخفى عليك ـ بعد الإحاطة بما ذكرنا ـ حكم ما لو كان المال لرجل فاشترى العامل زوجته؛ حتّى ما حكاه في جامع المقاصد عن التذكرة، من «أنّه على الصحّة لو كان الشراء قبل الدخول، فقد قال في التذكرة: إنّ في لزوم نصف المهر للزوج وجهين، فإن قلنا: يلزم رجع به على العامل؛ لأنّه سبّب تقريره عليه، فيرجع به عليه، كما لو أفسدت امرأة النكاح بالرضاع» ـ قال: ـ ولم يذكر حكم ما بعد الدخول، وكأنّه يرى عدم جواز الرجوع به؛ لأنّه قد تقرّر بالدخول»[٢].

قلت: قد عرفت الحال في ذلك كلّه، خصوصاً مع ملاحظة ما ذكرنا في كتاب النكاح، والله العالم.

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا اشترى العامل أباه﴾ أو غيره ممّن ينعتق عليه ولا ربح، صحّ الشراء وكان من مال القراض ﴿فإن﴾ كان قد ﴿ظهر فيه ربح﴾ حين الشراء أو بعده وقلنا بملك العامل بالظهور ﴿انعتق نصيبه من الربح﴾ عليه ويسري في الباقي ﴿و﴾ لكن ليس عليه، بل ﴿يسعى المعتق في

---

(١) كتاب النكاح / القسم الأوّل / الفصل الرابع / السبب الثاني / في أحكامه / المسألة الرابعة.
(٢) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٠٣.

باقي قيمته﴾ سواء ﴿كان العامل موسراً[١] أو معسراً﴾.

بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد[٢]، بل عن الغنية[٣] والسرائر[٤]: الإجماع عليه.

وهو الحجّة بعد صحيح ابن أبي عمير عن محمّد بن قيس[٥] عن الصادق عليه السلام: «في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربةً، فاشترى أباه وهو لا يعلم؟ قال: يقوّم، فإن زاد درهماً واحداً أُعتق واستسعي في مال الرجل»[٦].
ج ٢٦ ٣٨٦

الذي قد ترك الاستفصال فيه عن اليسار والإعسار، مع أنّ المسؤول عنه مطلق الرجل، لا رجل مخصوص كي يحتمل علم الإمام عليه السلام بحاله، بل أُطلق فيه الحكم ـ أيضاً ـ بالنسبة إلى ظهور الربح حال الشراء وتجدّده بعده.

لكن مع ذلك احتمل أو قيل بالسراية مع التقويم على العامل الموسر؛ لاختياره السبب الموجب لها[٧]، فيحمل الصحيح المزبور على الإعسار[٨] جمعاً بين الأدلّة، أو على تجدّد الربح بعد الشراء بناءً على عدم

---

(١) قدّمت هذه الكلمة على «كان العامل» في نسختي الشرائع والمسالك.

(٢) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الإجارة / في المضاربة ج ١٠ ص ٢٥٩، والطباطبائي في الرياض: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٥٥.

(٣) غنية النزوع: في المضاربة ص ٢٦٧.

(٤) السرائر: باب المضاربة ج ٢ ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

(٥) ضبطت في الكافي ومتن الوسائل بـ«محمّد بن ميسر».

(٦) تقدّم بعنوان «الصحيح» في ص ٧٣١.

(٧) غاية المرام: المضاربة / في اللواحق ج ٢ ص ٢٥٦.

(٨) في بعض النسخ بدلها: إعسار العامل.

التقويم عليه فيه، كما سيأتي.

بل في جامع المقاصد[١] والمسالك[٢]: احتمال بطلان البيع من أصله؛ لأنّه منافٍ لمقصود القراض الذي هو السعي للتجارة القابلة للتقليب للاسترباح المنافي لهذا الشراء المتعقّب للعتق، فيكون حينئذٍ باطلاً أو موقوفاً على الإجازة.

إلّا أنّ الجميع -كما ترى- اجتهاد في مقابلة النصّ والفتوى والإجماع، بل من ذلك يعرف: قوّة القول بجواز شراء أب المالك مضاربةً مع الإذن، كما أومأنا إليه سابقاً، بل قد عرفت أنّ مقتضى الجميع عدم الفرق هنا بين الربح حال الشراء وتجدّده بعده، فإنّه لا ريب في انعتاق نصيبه معه.

ولكن في جامع المقاصد[٣] والمسالك[٤]: «في سراية العتق حينئذٍ وعدمها وجهان، أحدهما: نعم؛ لاختياره السبب وهو الشراء، إذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق، وهو اختيارٌ للمسبّب. وثانيهما: لا؛ لأنّ الشراء ليس هو مجموع السبب، بل جزؤه، والسبب القريب إنّما هو ارتفاع السوق، ولا دخل لاختياره فيه، فلا يكون مختاراً للسبب؛ لأنّ جزأه غير مقدور، فهو حينئذٍ كالإرث الذي لا يوجب سراية».

وفيه: ما عرفت من أنّه أيضاً اجتهاد في مقابلة النصّ والفتوى

---

(١) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٠٨.

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨١.

(٣) المصدر قبل السابق: ص ١٠٦ ـ ١٠٧.

(٤) الهامش قبل السابق: ص ٣٨١ ـ ٣٨٢.

ومعقد الإجماع التي لم يفرّق فيها أجمع بين الأمرين .

نعم ، قد يقال : بعدم اندراج مثل هذا الشراء في إطلاق المضاربة مع العلم بالنسب ؛ للضرر على المالك بانتظار سعي العبد الذي قد يعجز عن الأداء . والصحيح مختصّ بحال الجهل ، والفتوى ومعقد الإجماع لا وثوق بإرادة هذا الفرد من إطلاقهما ، وحينئذٍ فالوقوف في مثله على ↑ ج ٢٦ / ٣٨٧
الإجازة لا يخلو من قوّة .

بقي الكلام في شيئين :

أحدهما : هو أنّه ربّما ظهر من النصّ والفتوى جعل مناط الحكم المزبور تقويمه ، ثمّ النظر في زيادته على رأس المال وعدمها ، ولا ريب في عدم اعتبار ذلك ؛ ضرورة إمكان زيادة غيره من أعيان المضاربة على وجهٍ يملك العامل حصّته المشاعة المتحقّقة في الأب وإن لم تزد قيمته ، فإنّه حينئذٍ لا ريب في جريان الحكم المزبور عليه . والصحيح منزّل على ما إذا كان الأب هو جميع مال المضاربة ، لا ما يشمل الفرض ، كما أنّه لا يشمل ما لو زادت قيمة الأب إلّا أنّه نقصت باقي أعيان المضاربة ، على وجهٍ تكون تلك الزيادة جابرة أو أقلّ ؛ إذ لا ربح حينئذٍ ، والمراد من الصحيح الزيادة التي تكون ربحاً .

الثاني : إذا فرض كون الأب أحد أعيان المضاربة ، ولم يظهر ربح ، وأراد المالك والعامل الإنضاض ، لكن قد يحتمل في أثناء ذلك وجود راغب أو تجدّد زيادة لبعض أعيانها ، فهل للعامل تأخير بيع الأب إذا أراد المالك تقديمه؟

وجهان، أقواهما العدم؛ ضرورة كونه ملكاً للمالك الذي هو متسلّط عليه، ولم تظهر زيادة يتسلّط بها العامل، فلا ريب في أنّ المالك حينئذٍ مقدّم على العامل في ذلك، خصوصاً مع احتمال الضرر عليه بوجود الراغب لبعض الأعيان على وجهٍ يوجب العتق، وانتظار المالك إلى السعي المحتمل عدم حصوله.

وليس هذا الفرض من ظهور الربح بعد خفائه الذي به ينكشف سبق ملك العامل، بل هو من تجدّده باتّفاق حصول راغب في بعض الأعيان وإن لم يكن قيمة لها ... ونحو ذلك ممّا لا يوجب سبق ملك للعامل، كما هو واضح، والله العالم.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا فسخ المالك﴾ أو العامل أو هما ﴿صحّ﴾ بلا خلاف ولا إشكال؛ لما عرفته من كون العقد جائزاً، وكان الربح بينهما ـ مع وجوده ـ على حسب شرطهما.

فإن لم يكن ربح ﴿وكان﴾ المال ناضّاً، أخذه المالك ولا شيء للعامل، إلّا أن يكون الفسخ من المالك فإنّ ﴿للعامل أُجرة المثل إلى ذلك الوقت﴾ عند المصنّف وبعض[1] على ما حكي؛ لأنّ عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرّع.

---

(١) كالعلّامة في الإرشاد: الإجارة / في المضاربة ج ١ ص ٤٣٦، وولده في الإيضاح: القراض / في التفاسخ ج ٢ ص ٣٢٨، والشهيد في اللمعة: كتاب المضاربة ص ١٥٢.

↑ ج ٢٦ / ٣٨٨ ويشكل : بأنّه لم يقدم إلّا على الحصّة على تقدير وجودها ولم توجد ، فلا شيء له ؛ والمالك مسلّط على الفسخ حيث شاء .

واحتمال دفعه : «بأنّه إنّما جعل له الحصّة خاصّة على تقدير استمراره إلى أن يحصل ، وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها ، فإذا خالف فقد فوّتها عليه ، فتجب عليه أُجرته ، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل»(١) .

كما ترى لا ينبغي صدوره من فقيه ؛ ضرورة اقتضائه ضمان المالك الأُجرة لو فسخ وإن قلّبه العامل مراراً متعدّدة ولم يحصل ربح ، بل وإن خسر ، وهو منافٍ للمعلوم من شرع المضاربة المبنيّة على استحقاق العامل حصّة من الربح إن حصل ، وإلّا فلا شيء له .

وأغرب منه ما يحكى عن إطلاق التذكرة : من أنّ له الأُجرة في الفرض حتّى لو كان الفسخ من العامل(٢) .

نعم ، قد يقال : بالأُجرة فيما لو عمل العامل وفسخ المالك قبل إتمام عمله المحتمل حصول الربح به ؛ باعتبار احترام عمله وإقدامهما على الربح المترتّب عليه ، والفرض احتماله ، فبالفسخ تفوت الحصّة ولكنّ العمل على احترامه ، ورضاهما بهذا العقد الجائز المسلّط على الفسخ في جميع الأوقات لا ينافي ثبوت الأُجرة له من جهة أُخرى ، ويمكن

---

(١) جامع المقاصد: القراض / في التفاسخ ج ٨ ص ١٥٣. وذكره ـ مع الإجابة عنه ـ في مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: القراض / في التفاسخ ج ١٧ ص ١٣٣.

حمل مثل عبارة المصنّف على ذلك.

كما أنّ منه يظهر لك ما في المسالك: من عدم الفرق بين صورتي الفسخ قبل الإنضاض وبعده[١].

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو كان بالمال عروض﴾ بعد الفسخ ﴿قيل[٢]: كان له أن يبيع﴾ه من دون رضا المالك وإن لم يكن قد ظهر فيه ربح؛ لتعلّق حقّه به واحتمال وجود زبون[٣] يزيد في الثمن، فيحصل الربح.

وفيه: أنّه لا حقّ له مع فرض عدم الربح. والاحتمال المعارض باحتمال نقصان المال لا يكفي في دعوى تعلّق الحقّ، كما هو واضح.

نعم، في المسالك: «لو كان الزبون المذكور موجوداً بالفعل توجّه الجواز؛ لأنّه في قوّة ظهور الربح»[٤].

مع إمكان المناقشة فيه أيضاً أوّلاً: بمنع كونه في قوّة ظهور الربح المتوقّف صدقه عرفاً على زيادة قيمة المال في نفسه، أو فعليّة الثمن من الراغب، لا وجوده وإن لم يكن قد وقع منه ذلك، وخصوصاً إذا

ج ٢٦ / ٣٨٩ حصل الراغب بعد الفسخ.

وثانياً: بمنع تسلّطه على ذلك في صورة ظهور الربح الذي لا يزيد به على كونه شريكاً، ومن المعلوم عدم سلطنة له على بيع مال الشركة بغير

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨٢ ـ ٣٨٣.

(٢) كما في المبسوط: كتاب القراض ج٣ ص ١٧٩، والجامع للشرائع: باب المضاربة ص ٣١٥.

(٣) «الزَّبون: هو الراغب في الشراء، وكأنّه مولّد وليس من كلام العرب» جامع المقاصد: القراض / في التفاسخ ج ٨ ص ١٥٠.

(٤) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨٣.

إذن الشريك.

﴿و﴾ بذلك ظهر لك: أنّ ﴿الوجه المنع﴾ من البيع مطلقاً؛ لقاعدة منع التصرّف في مال الغير بغير إذنه[١] وغيرها.

﴿ولو﴾ انعكس الحال بأن ﴿ألزمه المالك﴾ بالبيع ﴿قيل[٢]: يجب عليه أن ينضّ المال﴾ لأنّه أخذه نقداً فيجب أن يردّه كذلك؛ لإطلاق قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٣]، ولحدوث التغيير في المال بفعله، فيجب ردّه.

وفيه: منع دلالة الخبر المذكور على وجوب ردّ المال ـ المأخوذ بالإذن المتغيّر بها ـ كما أخذه أوّلاً ﴿و﴾ الأصل البراءة، فـ﴿الوجه﴾ حينئذٍ ﴿أنّه لا يجب﴾ عليه الإجابة.

هذا كلّه في صورة عدم ظهور الربح.

أمّا معه ـ وكان المال عروضاً وطلب المالك إنضاضه ـ فقد جزم في جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] بوجوب الإجابة على العامل؛ لأنّ استحقاقه الربح وإن كان ثابتاً بظهوره إلّا أنّ استقراره مشروط بالإنضاض، فيحتمل عروض ما يقتضي سقوطه.

وقد تقدّم سابقاً ما يعلم به قرار هذا الملك على القول به، فبناءً

(١) تقدّم في ص ٣٨١.

(٢) كما في المبسوط: كتاب القراض ج٣ ص ١٧٩، والجامع للشرائع: باب المضاربة ص٣١٥.

(٣) تقدّم في ص ٣٩٤، وانظر هامش (٢) من ص ٣٠٩.

(٤) ظاهره التوقّف في المسألة، انظر جامع المقاصد: القراض / في التفاسخ ج ٨ ص ١٥٢.

(٥) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨٤.

على أنّه بالفسخ يحصل لانتهاء المضاربة حينئذٍ ـ ويتحقّق حينئذٍ الشركة بين المالك والعامل بمقدار حصّته من الربح ، المفروض ظهوره عند الفسخ ، وكلّ ما يتجدّد حينئذٍ من تلف وخسارة فهو حينئذٍ عليهما ، لا يختصّ به الربح ـ يتّجه حينئذٍ عدم وجوب إجابة العامل للإنضاض وإن ألزمه المالك به ؛ لعدم ضمانه ما يعرض مع عدم وجوب الإرجاع نقداً ، كما عرفت .

ومنه يعلم أيضاً الحال فيما لو طلب العامل البيع خاصّة ـ الذي ذكر في المسالك في وجوب إجابة المالك له وجهين[1] ـ ضرورة كون المتّجه حينئذٍ بناءً على ما ذكرناه عدم الوجوب .

بل لعلّه كذلك حتّى على القول الآخر ؛ لإمكان وصوله إلى حقّه بقسمة العروض ، والإرجاع نقداً إنّما هو حقّ المالك فله إسقاطه . ولأنّ حال العامل لا يزيد على حال الشريك الذي من المعلوم أنّه لا يكلّف إجابة شريكه إلى البيع .

↑ ج ٢٦ ٣٩٠

كلّ ذلك مع طلب العامل البيع في الحال .

أمّا لو طلب تأخيره إلى وقت متأخّر ـ كموسم متوقّع ـ فليس له ذلك قطعاً للضرر ، كالقطع بعدم ثبوت تسلّط للعامل بناءً على توقّف ملكه على الإنضاض أو غيره .

وممّا ذكرنا يعلم الحال فيما لو كان الفسخ من العامل في هذه الصورة ؛ إذ الحكم كذلك ، بل ينبغي الجزم بعدم استحقاقه الأُجرة لو

---

(١) المصدر السابق.

كان ناضّاً لا ربح فيه، وبعدم وجوب إجابة المالك إلى بيعه؛ لأنّ المانع من قبله، كما هو واضح.

ولو كان بعض المال ناضّاً؛ فإن كان قدر رأس المال اتّجه عدم إجبار العامل على إنضاض الباقي؛ لرجوع المال إلى المالك كما كان، وأولى منه لو كان أزيد.

أمّا لو كان ناقصاً، ففي المسالك: «توجّه جواز إجباره على إنضاض قدره، لو قلنا بإجباره على الإنضاض فيما سبق»[1].

قلت: لكن قد عرفت الحال في ذلك وغيره، على وجهٍ يتبيّن لك أنّ جميع ما في جامع المقاصد والمسالك هنا غير منقّح، فلاحظ وتأمّل.

﴿و﴾ كيف كان، ففي المتن وغيره[2]: أنّه ﴿إن كان﴾ المال ﴿سلفاً كان عليه﴾ أي العامل ﴿جبايته﴾ وإن فسخ المالك، وكذا غيره من الديون المأذون فيها؛ لاقتضاء المضاربة ردّ رأس المال على صفته، والديون لا تجري مجرى المال، ولأنّ الدين ملك ناقص والذي أخذه ملك تامّ، و«على اليد ما أخذت ...»[3].

ولكن فيه: ما عرفت من أنّ الأصل البراءة بعد عدم دلالة الخبر المزبور على ذلك، مع فرض وقوع الدين بإذن المالك وانفساخ المضاربة، فالمتّجه حينئذٍ أيضاً عدم الوجوب.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) كالشيخ في المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٩. وابن سعيد في الجامع للشرائع: باب المضاربة ص ٣١٥. واختاره العلّامة في الإرشاد: الإجارة / في المضاربة ج ١ ص ٤٣٦.

(٣) تقدّمت في ص ٣٩٤. وانظر هامش (٢) من ص ٣٠٩.

ومنه يعلم أيضاً ما في قول المصنّف وغيره[1]: ﴿وكذا لو مات ربّ المال وهو عروض كان له﴾ أي العامل ﴿البيع إلّا أن يمنعه الوارث﴾ بل هو منافٍ لما ذكره سابقاً: من أنّ الوجه المنع؛ ضرورة عدم الفرق بين الفسخ الاختياري والقهري، فليس له التصرّف إلّا بإذن المالك من غير فرق بين ظهور الربح وعدمه، كما ذكرنا الكلام فيه مفصّلاً.

وإليه أشار المصنّف: ﴿وفيه قول آخر﴾ وهو ما ذكرناه من عدم
جواز البيع إلّا بالإذن؛ لبطلان العقد. وقد استوجهه في المسالك[2]، وهو ↑
في محلّه، والله العالم. ج ٢٦ / ٣٩١

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا قارض العامل غيره؛ فإن كان بإذنه﴾ أي المالك ﴿وشرط الربح بين العامل الثاني والمالك صحّ﴾ لأنّه يكون حينئذٍ بمنزلة الوكيل عن المالك في ذلك.

وسبق عقد القراض معه لا ينافي ذلك، بل لا يقتضي فساده؛ لعدم ما يدلّ على اعتبار خلوّ المال عن وقوع عقد قراض عليه في صحّة الثاني، وإن كان هو لا يستحقّ شيئاً من الربح بعدم العمل منه. أمّا لو فرض عمل كلّ منهما صحّ، وأخذ كلّ منهما ربح ما عمل به من المال على حسب ما شرط له.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لو شرط لنفسه﴾ شيئاً من الربح

---

(١) كالشيخ في المبسوط: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨٥.

﴿لم يصحّ؛ لأنّه لا عمل له﴾ وإيقاع عقد القراض ـ ولو بالأقلّ من الحصّة التي جعلها المالك له ـ ليس من أعمال التجارة التي شرّع جعل بعض الربح عوضاً عنها.

فلا يصحّ اشتراط شيء من الربح له حتّى لو أذن المالك له في ذلك، فإنّ إذنه لا تفيد في شرعيّة غير المشروع.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى: دخول مثل ذلك في عمل المضاربة المشروعة؛ لأنّه ممّا يترتّب عليه ربح للمال، بل هو داخل في عمل التجارة والتكسّب، خصوصاً مع التصريح به في ضمن غيره، فتأمّل، هذا.

وفي المسالك: «إذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون بمعنى: جعل العامل هو الثاني، والعامل الأوّل إذا أراد ذلك بمنزلة وكيل المالك. وقد يكون بمعنى: إدخال من شاء معه وجعلهما عاملين. وقد يكون بالأعمّ».

إلى أن قال ـ بعد الاعتراف بأنّ مراد المصنّف هنا الأوّل ـ: «ولو كان الإذن بالمعنى الثاني أو بالأعمّ وجعل الثاني شريكاً له في العمل والحصّة بينهما صحّ؛ لانتفاء المانع في الأوّل، وهو عدم العمل»(١).

قلت: لكن يكون ذلك فسخاً للمضاربة السابقة وإنشاءً جديداً من العامل بإذن المالك، أو أنّ المضاربة الأُولى بحالها ولكنّ الحصّة الأُولى ـ المشروطة للأوّل في المعنى ـ مشروطة باستقلاله بالعمل، أمّا مع فرض وضع شريك معه فلا، فيكون حينئذٍ تشريك الثاني مع الأوّل بإذن

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨٦.

المالك في حصّة الأوّل مضاربةً على تلك المضاربة الأُولى بلا فسخٍ لها ولا مانع من ذلك؟

ج ٢٦ ٣٩٢ وجهان، وليس في كلامه تحرير لذلك، وإنّما اقتصر على الصحّة معلّلاً لها بانتفاء المانع، وأنت خبير بأنّ انتفاء المانع في الأوّل لا يكون مقتضياً للصحّة هنا.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو[1] كان بغير إذنه لم يصحّ القراض الثاني﴾ ففي خبر أحمد بن محمّد بن عيسى ـ المروي عن نوادره ـ عن أبيه: «سئل أبو جعفر عليه السلام: عن رجل أخذ مالاً مضاربةً، أيحلّ له أن يعطيه[2] غيره بأقلّ ممّا أخذ؟ قال: لا ...»[3]. ولكنّه فضولي؛ إن أجاز ترتّب عليه حكمه، وإلّا بطل القراض.

﴿فإن﴾ فرض حصول ﴿ربح﴾ حينئذٍ ﴿كان نصف الربح للمالك والنصف الآخر للعامل الأوّل﴾ بناءً على أنّ القراض كان كذلك ﴿وعليه﴾ أي العامل الأوّل ﴿أُجرة﴾ العامل ﴿الثاني﴾ وبها صار عمله ـ الذي قد عمله ـ للأوّل الذي كان قد وقع القراض معه، فيستحقّ حينئذٍ ما شرط له؛ إذ ليس في عقد القراض ما يقتضي مباشرة العمل بنفسه، ضرورة الاكتفاء بمتبرّع عنه وبأُجرة ... ونحو ذلك.

---

(١) في نسخة الشرائع: إن.

(٢) في الوسائل بدلها: يعينه.

(٣) نوادر أحمد بن محمّد: باب ٣٦ ح ٤٢٢ ص ١٦٣، وسائل الشيعة: باب ١٤ من كتاب المضاربة ح ١ ج ١٩ ص ٢٩.

﴿وقيل﴾ والقائل بعض الشافعيّة[1]: النصف الآخر ﴿للمالك أيضاً؛ لـ﴾أنّه نماء ملكه، والفرض ﴿أنّ الأوّل لم يعمل﴾ شيئاً والثاني غير مأذون عنه.

﴿وقيل﴾ كما عن بعض آخر منهم أيضاً[2]: إنّه ﴿بين العاملين، ويرجع الثاني﴾ منهما ﴿على الأوّل بنصف الأُجرة﴾ لأنّه قد فاته بغرور منه نصف ما جعل له من الربح.

ولهم وجه رابع على ما حكي، وهو أنّ جميع النصف للعامل الثاني عملاً بالشرط، ولا شيء للأوّل؛ إذ لا ملك له ولا عمل[3].

﴿والأوّل حسن﴾ لما عرفت.

ولا ينافيه فرض عدم إجازة المالك إذ هي للقراض، أمّا ما وقع منه من الشراء والبيع فهو بإذن العامل الأوّل الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه، أقصى ما هنالك: أنّ العامل الثاني أوقعه بعنوان أنّه مقارض، وقد بان فساده، فاستحقّ على من غرّه أُجرة المثل. وفساد ↑ ج ٢٦ / ٢٩٣
القراض لا يقتضي فساد الإذن الحاصل من العامل؛ إذ الظاهر عدم كون ذلك قيداً لها هنا، كما في نظائره.

ومن ذلك يظهر لك ضعف الثاني؛ ضرورة عدم استحقاق المالك له مع عدم فساد القراض الأوّل وصيرورة عمل العامل الثاني للأوّل

(١ و٢) حلية العلماء: ج ٥ ص ٣٣٦، المجموع: ج ١٤ ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥، المغني (لابن قدامة): ج٥ ص ١٦١، الشرح الكبير: ج ٥ ص ١٥٣ ـ ١٥٤، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣، الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٣٣٩.

(٣) العزيز (شرح الوجيز): ج ٦ ص ٢٩، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٣٠٣.

ولو بغرم الأُجرة له.

وكذا الثالث؛ فإنّ كونه بين العاملين مع فساد القراض غير متصوّر.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى: أنّ العامل الأوّل له المضاربة، بمعنى: التشريك فيما له من الحصّة، فإذا فرض أنّه قد جعل له النصف من المجموع ـ الموزّع عليه وعلى المالك الذي لم يجز ـ مضى فيما له وبطل فيما يرجع إلى المالك، إلّا أنّه لغروره إيّاه يغرم له الأُجرة.

ومنه ينقدح وجه الرابع المبني على تنزيل النصف على الراجع له، لا الموزّع منه ومن المالك.

لكنّ الجميع كما ترى؛ ضرورة عدم صحّة المضاربة له من دون إذن المالك ولو بالتشريك في حصّته، فوقوع ذلك منه حينئذٍ معاملة[1] غير مشروعة، هذا.

ولكن في المسالك: «أنّ هذه الأقوال ليست لأصحابنا، ولا نقلها أحد عن أحد منهم، وإن كان ظاهر التعبير بـ(قيل وقيل) ذلك. وإنّما هي وجوه للشافعيّة ذكرها المصنّف والعلّامة في كتبه، ونقل الشيخ في المبسوط قريباً منها بطريقة أُخرى غير منقّحة».

إلى أن قال ـ تبعاً لجامع المقاصد[2] ـ: «والتحقيق في هذه المسألة المرتّب على أُصولنا: أنّ المالك إن أجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط، وإن لم يجزه بطل».

---

(١) في بعض النسخ: مقاولة.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في أركانه ج ٨ ص ٦٣.

«ثمّ الشراء إن كان بالعين وقف على إجازة المالك، فإن أجاز فالملك له خاصّة، ولا شيء لهما في الربح: أمّا الأوّل فلعدم العمل، وأمّا الثاني فلعدم الإذن له، ولكن له أُجرة مثل عمله على الأوّل مع جهله لا مع علمه».

«وإن كان الشراء في الذمّة ونوى صاحب المال فكذلك، وإن نوى عن[1] عامله وقع الشراء له لأنّه وكيله، وإن لم ينو شيئاً أو نوى نفسه فالعقد له، وضمان المال عليه لتعدّيه بمخالفة مقتضى المضاربة، وحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الأُجرة على الأوّل مع جهله إن لم يتعدّ مقتضى المضاربة»[2].

ثمّ إنّهما قبل ذلك قد أطنبا في ذكر حكم الضمان لو تلف المال في يد العامل الثاني، وذكرا جملة من أحكام الغصب[3]. ↑

ج ٢٦ / ٣٩٤ ولا يخفى عليك خروج جميع ذلك عمّا نحن فيه؛ ضرورة كون المراد بيان حكم القراض الثاني فيما إذا ربح المال، وهو لا يستلزم تسلّم المال؛ إذ يمكن قراضه وعمله والمال في يد العامل الأوّل.

كما أنّه لا يخفى عليك ـ بعد الإحاطة بما ذكرناه ـ عدم الفضوليّة فيما أوقعه العامل الثاني بإذن الأوّل وإن لم يجز قراضه، بناءً على أنّ للعامل الأوّل الإذن لغيره في العمل، وأنّ فساد قراضه لا ينافي ثبوت

---

(١) في المصدر بدلها: مَنْ.

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨٧ ـ ٣٨٨.

(٣) جامع المقاصد: القراض / في أركانه ج ٨ ص ٥٩. مسالك الأفهام: (انظر الهامش السابق: ص ٣٨٦ ـ ٣٨٧).

الإذن له في ذلك ، كما في غير هذه الصورة ممّا فسد فيه القراض ، فإنّه يثبت للعامل أُجرة المثل والمال ونماؤه للمالك ، وليس هو إلّا لبقاء الإذن مع فساد القراض ، وما نحن فيه من ذلك .

ومن الغريب دعوى خروج هذه الوجوه عن أُصولنا ، مع تصريح المصنّف بحسن الأوّل منها ، بل مفروغيّته من صحّة البيع وملك المالك النصف وعدم ذكر الفضوليّة هنا في شيء ممّا فعله العامل الثاني ... ونحو ذلك ممّا هو كالصريح في أنّ موضوع المسألة عنده غير ما ذكراه ، وإن اعترضاه هما بنحو ما سمعته منهما هنا .

لكنّ الإنصاف : عدم وروده عليه ، وعدم مدخليّة لكثير ممّا ذكراه هنا في مفروض المسألة ، كما لا يخفى على من لاحظ المقام وتأمّل ، والله العالم .

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿إذا قال﴾ المالك : ﴿دفعت إليه مالاً قراضاً، فأنكر﴾ العامل ذلك ﴿فأقام[1] المدّعي بيّنة﴾ على أنّه دفع إليه مالاً قراضاً ﴿فادّعى العامل التلف، قضي عليه بالضمان. وكذا لو ادّعى عليه وديعةً أو غيرها من الأمانات﴾ لثبوت كونه خائناً بإنكاره المال الذي قامت البيّنة عليه ، وأقرّ هو ـ أيضاً ـ به بعد ذلك بدعواه تلفه ، ولا ريب في كونه خيانة .

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: وأقام.

بل قد يقال : إنّه لم تقبل دعواه حتّى لو أقام بيّنة على تلفه منه بلا تعدٍّ ولا تفريط ؛ لتكذيبه إيّاها بإنكاره الأوّل الذي هو أيضاً إقرار في حقّه ؛ ومن هنا عبّر الفاضل في القواعد : بعدم قبول دعواه[1].

لكن في المسالك : «أنّ عبارة المتن أجود منها ؛ لاستلزام عدم القبول حبسه إلى أن يدفع العين ، وقد تكون تالفة ، إلّا أن يتكلّف نحو ما تقدّم من حبسه مدّة يظهر فيها اليأس من وجود العين»[2].

وفيه : أنّ المقصود عدم قبول دعوى التلف التي كانت تقبل منه ↑ ج ٢٦
سابقاً بيمينه في إسقاط الضمان عنه ، وأمّا التكليف بالعين نفسها وعدمه ٣٩٥
فهو غير مقصود لهما ، فليس تعبير المصنّف بالضمان تحرّزاً عن ذلك ؛ ضرورة عدم تصديق مجرّد قوله بالنسبة إلى ذلك من دون استظهار بيمين أو بيّنة أو حبس ... أو نحو ذلك . وعلى كلّ حال فهو مقام آخر غير ما نحن فيه يجري في الغاصب ونحوه .

هذا كلّه فيما إذا كان جوابه في الدعوى الأُولى ما سمعت .

﴿أمّا لو كان جوابه: لا يستحقّ عندي[3] شيئاً أو ما أشبهه، لم يضمن﴾ وإن قامت البيّنة على دفع المال إليه قراضاً ؛ لكون ذلك أعمّ من ضمانه ، بل لو ادّعى التلف بعد ذلك سمع منه بيمينه ؛ لعدم التنافي بينه وبين كلامه الأوّل ، كما هو واضح .

---

(١) قواعد الأحكام: القراض / في التفاسخ ج ٢ ص ٣٤٨.

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٨٩.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك ـ وأُشير إليها في هامش المعتمدة ـ بدلها: قبلي.

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة، احتسب التالف من الربح﴾ الذي هو وقاية لرأس المال في شرع المعاملة وفي عرفها.

﴿وكذا لو تلف قبل ذلك﴾ كما لو أذن له في الشراء في الذمّة فاشترى ثمّ تلف المال ونقد الثمن عنه، فإنّ القراض يستمرّ، ويمكن جبره حينئذٍ بالربح المتجدّد.

﴿و﴾ لكن ﴿في هذا تردّد﴾ عند المصنّف: ممّا عرفت، ومن أنّ التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض.

إلّا أنّ الأقوى عدم الفرق؛ لأنّ المقتضي لكونه مال قراض هو العقد، لا دورانه في التجارة، فمتى تصوّر بقاء العقد وثبوت الربح جبر ما تلف مطلقاً.

بل لا يخفى على من أعطى التأمّل حقّه: عدم صدق الربح ـ الذي وقع الشرط بين المالك والعامل عليه ـ إلّا على ما يبقى بعد جبر جميع ما يحدث على المال من أوّل تسلّمه إلى انتهاء المضاربة، من غير فرق في النقصان بين انخفاض السوق والغرق والحرق وأخذ الظالم والسارق ... وغير ذلك ممّا هو بآفة سماويّة وغيرها.

فما عساه يقال أو قيل من «اختصاص الحكم بما لا يتعلّق فيه الضمان بذمّة المتلف؛ لأنّه حينئذٍ بمنزلة الموجود فلا حاجة إلى جبره، ولأنّه نقصان لا يتعلّق بتصرّف العامل وتجارته، بخلاف النقصان

الحاصل بانخفاض السوق ونحوه»[1] لا ينبغي أن يصغى إليه ؛ لما عرفت .

نعم ، لو فرض حصول العوض من المتلف كان العوض من جملة المال ، والله العالم . ج ٢٦ / ٣٩٦

المسألة ﴿التاسعة﴾

﴿إذا قارض اثنان﴾ مثلاً ﴿واحداً﴾ مثلاً ﴿وشرطا له النصف منهما، وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال﴾ أو تساويا فيه مع التفاوت في المال ﴿كان فاسداً؛ لفساد الشرط﴾ المقتضي زيادةً لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين ، أو التساوي مع التفاوت في المالين ، بلا عمل من ذي الزيادة ؛ ضرورة كون العامل غيرهما . وقد عرفت سابقاً[2] عدم جواز ذلك في الشريكين فكذا هنا ؛ إذ لا فرق بين امتزاج المالين وعدمه .

﴿و﴾ لكن قال المصنّف هنا : ﴿فيه تردّد﴾ ولعلّه : من ذلك ، ومن احتمال كون اشتراط الزيادة هنا من العامل بمعنى أنّ صاحبها قد شرط له في العمل بماله أقلّ ممّا شرط له الآخر ؛ ولا ريب في جواز ذلك ؛ ضرورة عدم المانع المزبور منه .

لا يقال : إنّ محلّ المسألة مع الإطلاق ، الذي هو كما يحتمل ذلك

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩٠.

(٢) في ص ٥٩٤.

يحتمل كونها من المالك الآخر، ولا ترجيح.

لأنّا نقول: إنّ أصل الصحّة يرجّح الأوّل، بل لعلّه كذلك حتّى مع فرض عدم خطور هذا التفصيل في قصدهم؛ حملاً لفعل المسلم على الصحيح في نفس الأمر.

نعم، لو صرّح باستحقاق العامل من نصيب كلٍّ منهما نصفه، اتّجه الفساد حينئذٍ بناءً على ما سمعته في الشركة.

مع أنّه قد يقال: بالصحّة أيضاً هنا بدعوى كون ذلك من عمل المضاربة، كما يومئ إليه ما عساه يستفاد من إطلاق عبارة المتن والقواعد[1]: من عدم الفرق في الحكم المزبور بين امتزاج المالين وعدمه، كما اعترف به الكركي في شرحه[2].

ولا ريب في أنّ استحقاق كلّ منهما في ربح مال الآخر المفروض تميّزه ـ مع أنّه قد يختلف قلّةً وكثرةً، بل قد يحصل الخسران في أحدهما دون الآخر الذي يجبر منه شيء ـ لا تقتضيه الضوابط، بل هو إن كان فليس إلّا من صدق كون المجموع مال مضاربة واحدة، ولذا جعل الربح بينهما مشاعاً.

وإذا كان ذلك ونحوه من مقتضى عقد المضاربة فلتقتض أيضاً التفاوت في ربح النصف وإن تساويا في المال، أو التساوي فيه مع التفاوت فيه، ويكون ذلك من أحكامها، نحو ما لو قارض الواحد مثلاً

(١) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٤١.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٢٠.

ج ٢٦ / ٢٩٧

اثنين مثلاً على التفاوت فيما شرط لهما من الربح، فإنّه يصحّ وإن كان المشروط له الأكثر الأقلَّ عملاً؛ لإطلاق الأدلّة. خلافاً لمالك: فلم يجوّز التفاوت بينهما[١]، وقد تقدّم الكلام فيه سابقاً[٢].

المسألة ﴿العاشرة﴾

﴿إذا اشترى عبداً﴾ مثلاً ﴿للقراض، فتلف الثمن قبل القبض[٣]، قيل﴾ والقائل الشيخ في محكيّ المبسوط[٤]: ﴿يلزم صاحب المال ثمنه دائماً، ويكون الجميع رأس ماله﴾ بجبر التالف منه بالربح.

﴿وقيل﴾ والقائل ابن إدريس فيما حكي عنه[٥]: ﴿إن كان أذن له في الشراء في الذمّة فكذلك، وإلّا كان باطلاً، ولا يلزم الثمن أحدهما﴾.

وقد عرفت فيما مضى[٦] تفصيل الحال: من أنّه إن كان الشراء في الذمّة بإذن المالك لزمه دفع الثمن ثانياً وثالثاً دائماً، وإلّا فإن صرّح بكون الشراء له وقف على إجازته، فإن أجاز لزمه الثمن، وإلّا بطل البيع، وإن لم يذكره لفظاً وقع الشراء للعامل ظاهراً مع فرض كونه قد

(١) حلية العلماء: ج ٥ ص ٣٥١، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١٤٥، الشرح الكبير: ج ٥ ص ١٣٤.

(٢) في ص ٧٢٥.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: قبضه.

(٤) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٤.

(٥) السرائر: باب المضاربة ج ٢ ص ٤١٣.

(٦) في ص ٦٩١...

نوى المالك، وإلاّ فواقعاً أيضاً. وإن كان الشراء بالعين فهلكت قبل دفعها بطل العقد. وهذا كلّه واضح.

نعم، في المسالك ـ بعد أن ذكر جميع ذلك ـ قال: «وحيث يلزم المالك الثمن ثانياً يكون الجميع رأس ماله، يجبر جميعه بالربح»(١).

وهو جيّد في غير صورة الفضولي، أمّا فيها فلا يخلو من إشكال؛ ضرورة عدم وقوع عقد المضاربة على الثمن المدفوع.

اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ الفرض شراء العامل له بعنوان المضاربة، فمع فرض إجازة المالك لذلك يلحق الثمن حكم المضاربة. ولكنّ الإنصاف عدم خلوّه عن الإشكال أيضاً.

المسألة ﴿الحادية عشرة﴾

﴿إذا نضّ قدر الربح، فطلب أحدهما القسمة﴾ لقدر الربح ﴿فإن اتّفقا صحّ﴾ لانحصار الحقّ فيهما.

﴿وإن امتنع المالك لم يجبر﴾ لما فيه من الضرر عليه؛ لاحتمال خسارة مال القراض، فيحتاج الجبر به. أمّا العامل فقد يظهر من العبارة أنّه ليس له الامتناع؛ لأنّه متى احتاج إلى الجبر احتسب على المالك.

لكن في القواعد: «إن امتنع أحدهما لم يجبر على القسمة»(٢).

---

(١) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩١.

(٢) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٤٤.

وفي جامع المقاصد : «أمّا المالك[١] فظاهر ، وأمّا العامل[٢] فلأنّه لا يأمن أن يطرأ الخسران ، وقد أتلف[٣] ما وصل إليه ، فيحتاج إلى غرم ما وصل إليه بالقسمة ، وذلك ضرر»[٤].

وفيه : منع كون ذلك ضرراً ؛ ضرورة إمكان المحافظة عليه بعدم ↑ ج ٢٦
التصرّف ، بل لو أغرمه لم يكن عليه ضرر ؛ لأنّه في مقابل ما تصرّف ٣٩٨
فيه ، والله العالم .

وعلى كلّ حال ﴿فلو[٥] اقتسما وبقي رأس المال معه﴾ أي مقداره ﴿فخسر، ردّ العامل أقلّ الأمرين﴾ ممّا وصل إليه من الربح وممّا يصيبه من الخسران ؛ لأنّ الأقلّ إن كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له . وإن كان الأقلّ هو الربح فلا يلزمه الجبر إلّا به ﴿و﴾ كذلك ﴿احتسب﴾ على ﴿المالك﴾ أقلّ الأمرين من رأس المال .

هذا هو الظاهر من العبارة ، بل جزم به ثاني الشهيدين[٦] .

لكن عن الشهيد : «أنّ المردود أقلّ الأمرين ممّا أخذه العامل من رأس المال لا من الربح ، فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين

(١ و٢) في المصدر إبدال إحداهما بالأُخرى، وكلاهما صحيح؛ لأن مصبّ نظر الكركي «مريد القسمة» ومراد الشارح هنا: «الممتنع عن القسمة».

(٣) في المصدر بعدها: أخرج.

(٤) جامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٤٥.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: فإن.

(٦) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩٢.

فاقتسما عشرين فالعشرون ـ التي هي الربح ـ مشاعة في الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالعشرون المأخوذة سدس الجميع، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال وسدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس العشرين، وذلك درهم وثلثان، يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي ردّ أقلّ الأمرين ممّا خسر ومن ثمانية وثلث»[1].

والحامل له عليه ـ كما قيل[2] ـ حكمهم بأنّ المالك إذا أخذ من المال شيئاً وقد ظهر ربحه يحسب ما أخذه منهما على هذه النسبة.

وأفسده في المسالك بـ«أنّ المأخوذ وإن كان مشاعاً، إلّا أنّ المالك والعامل إنّما أرادا به الربح، وحيث كان المال منحصراً فيهما فالتمييز منوط بهما. ولو كان يدخل في ذلك من رأس المال شيء لم يصحّ للعامل التصرّف فيه؛ لأنّ المالك لم يأذن إلّا في التصرّف في الربح، ولم تقع القسمة والاتّفاق إلّا عليه».

إلى أن قال: «وأيضاً فتوقّف ردّ العامل رأس المال على ظهور الخسران لا وجه له؛ لأنّه لا يملك شيئاً من رأس المال، وإنّما حقّه في الربح».

(١) الحواشي النجّارية: القراض / في الأحكام ذيل قول المصنّف: «فخسر ردّ العامل ...» ورقة ١٠٧ (مخطوط).

(٢) المصدر قبل السابق: ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣.

«وأمّا حمله على أخذ المالك فليس بجيّد ؛ لأنّ المالك لا يأخذ على وجه القسمة ، وإنّما يأخذ ما يعدّه ملكه ، فلمّا كان فيه ربح وهو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ ، فيحسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الأصل والربح . وأين هذا من أخذ العامل الذي لا يستحقّ إلّا في الربح ، ولا يقاسم المالك إلّا عليه خاصّة؟!»[1]. ↑ ج ٢٦ / ٣٩٩

قلت : قد يكون منشأ كلام الشهيد عدم تشخّص الربح عن رأس المال باتّفاقهما على أنّه ربح ؛ لعدم دليل على ذلك ، والأصل بقاء إشاعته حتّى تنفسخ المضاربة ويتسلّم المالك رأس ماله ، وحينئذٍ يتّجه كلامه .

لكن يشكل : بأنّه لا دليل على استقرار ملكهما للحصّة من الربح بذلك ما دامت المضاربة غير منفسخة ، حتّى لو رضي المالك بأن يكون الباقي رأس مال ، فإنّه لا يلزم بذلك ، بل له الرجوع عنه ؛ لعدم استقرار كون ذلك ربحاً إلى أن ينتهي عمر المضاربة بالفسخ أو الانفساخ ، كما تقدّم الإشارة إلى ذلك فيما تقدّم .

نعم ، لهما الاتّفاق على التصرّف في المقدار الذي تراضيا عليه ، سواء أوجدا معه صورة القسمة أو لا برضاً منهما ، وما يتبعه من رأس المال يكون تصرّف العامل فيه برضا المالك ، كما إذا لم يكن ثَمَّ ربح .

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّ ذلك من المالك فسخ للمضاربة فيما يخصّه من

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٩٢.

رأس المال؛ لأنّه برضاه قد أخرجه عن المضاربة، حتّى الذي قبضه العامل، فيستقرّ حينئذٍ ملكهما على ما خصّ ذلك من الربح لانفساخ المضاربة، كما تعرفه - إن شاء الله تعالى - في المسألة الرابعة عشرة، وبه حينئذٍ يتمّ كلام الشهيد، فتأمّل جيّداً.

كما أنّه ينبغي التأمّل فيما سمعت من أنّ للمالك والعامل الاتّفاق على تشخيص الربح من رأس المال وإخراجه عن الإشاعة مع بقاء المضاربة على حالها؛ بحيث يكون الباقي رأس المال وما شخّصاه ربحاً، فإنّه محتاج إلى التأمّل، والله العالم.

المسألة ﴿الثانية عشرة﴾

﴿لا يصحّ أن يشتري ربّ المال من العامل شيئاً من مال القراض﴾ بلا خلاف[1] ولا إشكال؛ لأنّه ماله ﴿ولا أن يأخذ منه بالشفعة﴾ لذلك أيضاً، بخلاف العكس، فإنّ للعامل الشراء من المالك، وله الأخذ بالشفعة منه، كما هو واضح.

لكن في القواعد: «وإن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه»[2].

ولعلّ المراد: إذا كان الربح ظاهراً وقت الشراء؛ لعدم جواز شراء ملكه، لا ما إذا تجدّد، فإنّه حينئذٍ له والثمن صار من مال المضاربة،

(١) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٦. وتذكرة الفقهاء: القراض / في أحكامه ج ١٧ ص ٧٠. وجامع المقاصد: القراض / في الأحكام ج ٨ ص ١٤٦. ومسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩٣.

(٢) قواعد الأحكام: القراض / في الأحكام ج ٢ ص ٣٤٥.

كما هو واضح .

وكذا لو ظهر في المال ربح جاز للمالك شراء ما يخصّ العامل بناءً على ملكه بالظهور وإن كان متزلزلاً ؛ فإنّ تزلزله لا يمنع من بيعه ، بل ↑ ج ٢٦ / ٤٠٠ يقوى في النظر وقوعه لازماً وإن تجدّد الخسران بعد ذلك واحتاج إلى الجبر ، فيجبر حينئذٍ بقيمته ، كما لو أتلفه . وربّما احتمل(١) انفساخ البيع ، لكنّه في غير محلّه .

وأمّا الأخذ بالشفعة ففي المسالك : «هو ممكن»(٢) أي بعد ظهور الربح ، على نحو ما سمعته في شرائه .

لكن قد يناقش : بمنع ذلك فيما لو كان الربح مقارناً للشراء ، فضلاً عمّا لو تجدّد ؛ لعدم ملك العامل حينئذٍ بعض الشقص بالشراء ، بل هو بالشرط الحاصل في المضاربة ، فلا شفعة حينئذٍ فيما ملكه بذلك . وإن صار شريكاً مع المالك لم يقاسم ، إلّا أنّه ليس بالشراء الذي هو موجب الشفعة ، والله العالم .

﴿وكذا لا يشتري من عبده القنّ﴾ لما عرفت في محلّه(٣) : أنّه لا يملك شيئاً ، و«لا بيع إلّا في ملك»(٤) . من غير فرق بين المأذون وغيره .

لكن عن الشيخ أنّه حكى قولاً : بأنّ المأذون إذا ركبته الديون جاز

---

(١) كما في مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩٣.

(٢) المصدر السابق: ص ٣٩٣ ـ ٣٩٤ (بتصرّف).

(٣) في ج ٢٥ ص ٣٤٣...

(٤) أرسله في تذكرة الفقهاء: الوقف / في السكنى والرقبى ج ٢ ص ٤٤٩ (الطبعة الحجرية).

للسيّد الشراء منه[١]. وهو قول لبعض الشافعيّة[٢]؛ لأنّه لا حقّ للسيّد فيه، وإنّما هو حقّ الغرماء.

وفساده ظاهر كما في المسالك، قال: «فإنّ استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي خروج ذلك عن ملك السيّد، كتعلّق حقّهم في مال المفلّس. نعم، للسيّد أخذ ذلك بقيمته؛ لأنّه أحقّ بماله مع بذل العوض، إلّا أنّ ذلك لا يعدّ بيعاً، كما يأخذ العبد الجاني خطأً ويبذل قيمته»[٣].

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿له الشراء من المكاتب﴾ المطلق والمشروط؛ لأنّ ما في يده ملك له، وسلطنة المولى قد انقطعت عنه، فساوى غيره من الملّاك؛ ولهذا لو انعتق لم يكن للمولى ما في يده، وإن كان الملك في المشروط أضعف منه في المطلق؛ من حيث إمكان ردّه في الرقّ أجمع، فيرجع ما في يده إلى ملك السيّد. وليس كذلك المطلق الذي يحسب ما في يده من مال الكتابة، لو احتيج إليه، والله العالم.

المسألة ﴿الثالثة عشرة﴾

﴿إذا دفع مالاً قراضاً وشرط أن يأخذ له بضاعة، قيل﴾ كما عن الشيخ في المبسوط[٤]: ﴿لا يصحّ؛ لأنّ العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحقّ عليه أجراً[٥]﴾ فيفسد الشرط ويتبعه العقد،

---

(١) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٦ ـ ١٩٧.

(٢) العزيز (شرح الوجيز): ج ٤ ص ٣٦٧.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩٤.

(٤) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٧.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: أُجرة.

ولو لأنّ قسط العامل حينئذٍ يكون مجهولاً ؛ لاقتضاء الشرط قسطاً من الربح وقد بطل ، فيبطل ما يقابله ، فتجهل الحصّة . ج ٢٦ / ٤٠١

﴿وقيل[١]: يصحّ القراض ويبطل الشرط﴾ خاصّة ؛ لأنّ البضاعة لا يلزم القيام بها ، فلا يفسد اشتراطها ، بل يكون لاغياً ؛ لمنافاته العقد .

﴿ولو قيل بصحّتهما﴾ معاً ﴿كان حسناً﴾ لإطلاق الأدلّة وعمومها ، التي منها : «المؤمنون عند شروطهم»[٢]، و«تجارة عن تراضٍ»[٣] ... وغيرهما[٤]. والقراض إنّما يعتبر عدم خلوّ عمله نفسه عن جزء من الربح ، لا مطلق العمل وإن لم يكن من القراض ولكنّه قد اشترط في عقد القراض .

نعم ، يبقى الكلام في معنى : صحّة الشرط في العقد الجائز ، الذي قد تقدّم البحث فيه سابقاً[٥].

لكن قد يقال في خصوص المقام ـ الذي هو شبه المعاوضة ، وأنّ المالك لم يجعل الحصّة المزبورة للعامل إلّا في مقابلة أخذ البضاعة ـ : إنّه لو ربح ولم يف بالشرط كان للمالك الفسخ ويأخذ الربح كلّه ، وللعامل أُجرة المثل في وجه ، ولا شيء له في آخر .

إلّا أنّه ـ كما ترى ـ لا ينطبق على القواعد ، وعلى ما اشتهر فيما

---

(١) قوّاه أيضاً في المبسوط: (انظر الهامش قبل السابق).

(٢) تقدّم في ص ٣٨٧.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) في ص ٦٧٣...

بينهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزة، وأنّ حالها كحال الوعد.

وليس فائدة الشرط فيها فائدته في العقد اللازم؛ من التسلّط على الفسخ مع عدم الوفاء به، الذي هو واجب على من اشترط عليه؛ لعموم الأمر بالوفاء في العقد[1]، فتأمّل جيّداً، خصوصاً ما في جامع المقاصد[2] والمسالك[3] هنا فإنّه لا يخلو من شيء، وقد تقدّم منّا سابقاً[4] ما له نفع في المقام.

المسألة ﴿الرابعة عشرة﴾

﴿إذا كان مال القراض مائة﴾ مثلاً ﴿فخسر عشرة﴾ مثلاً ﴿وأخذ المالك﴾ منه بعد الخسارة ﴿عشرة﴾ مثلاً ﴿ثمّ عمل بـ﴾ـما بقي منـ﴿ـها الساعي فربح، كان رأس المال تسعة وثمانين إلّا تسعاً؛ لأنّ المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود، فإذاً المال في تقدير تسعين، فإذا قسّم الخسران ـ وهو عشرة ـ على تسعين كانـ﴾ـت ﴿حصّة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً، فيوضع ذلك من رأس المال﴾ ويجبر الباقي. ↑ ج ٢٦ ٤٠٢

لأنّ الربح إنّما يجبر خسران المال الذي ربح ـ أي مال المضاربة

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) جامع المقاصد: القراض / في أركانه ج ٨ ص ٥٦.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦.

(٤) في ص ٦٧٣.

الباقي على المضاربة ـ لا مطلق الخسران ، فإذا أخذ المالك شيئاً بعد الخسران كان من جملة رأس المال ، فلابدّ أن يخصّه من الخسران شيء ، فيسقط من أصل الخسران ؛ لأنّه خسران غير المال الذي ربح ، أي مال المضاربة الباقي في يد العامل ؛ ضرورة أنّ أخذ المالك العشرة منه استرداد من العامل وإبطال للمضاربة فيها ، فلابدّ أن يتبعها ما خصّها من الخسارة السابقة على أخذها .

والضابط في معرفة ذلك : نسبة المأخوذ إلى الباقي وتوزيع الخسران عليه أجمع ، فيخصّه على مقتضى نسبته ، ففي المقام نسبته تسع ، فيخصّه تسع العشرة التي هي الخسارة وهو واحد وتسع ، فيبقى منه تسعة إلّا تسع ، تجبر من الربح المتجدّد .

ولو فرض أنّه أخذ نصف التسعين الباقية بعد خسارة العشرة بقي رأس المال خمسين ، منها خمسة وأربعون موجودة ، ويتبعها نصف الخسارة وهو خمسة ، وهي التي تؤخذ من الربح المتجدّد لو فرض .

وكذا في طرف الربح ؛ بمعنى : أنّه يحسب المأخوذ من رأس المال والربح ، فلو كان المال مائة وربح عشرين ، فأخذها المالك ، بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلث ؛ لأنّ المأخوذ سدس المال جميعه ـ الأصل والربح ـ وسدس أصل المال ستّة عشر وثلثان ، وسدس الربح ثلاثة وثلث ، وهي حظّه من الربح ، إلّا أنّه يستقرّ ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح ، وهو درهم وثلثان ؛ وذلك لبطلان المضاربة في أصله وهو السدس الذي استردّه المالك .

وحينئذٍ فلو انخفض السوق وعاد ما في يده إلى ثمانين، لم يكن للمالك أن يأخذه من العامل إذا فسخ المضاربة ليتمّ مع ما أخذه سابقاً المائة، بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان، وهما نصف الربح الذي قد أخذه المالك في ضمن العشرين، وقد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربة في العشرين، هذا.

ولكنّ الإنصاف: عدم خلوّ المسألة الأُولى عن إشكال؛ باعتبار عدم ثبوت ما يقتضي شيوع الخسارة على المال كلّه على وجهٍ لو أخذ المالك بعض المال يلحقه بعض الخسارة، وإنّما المنساق: احتساب ما يأخذه المالك من رأس المال، وأمّا الخسارة السابقة على ذلك فتجبر بما بقي من مال المضاربة؛ إذ المالك قد أخذ العشرة ـ مثلاً ـ مستحقّةً للجبر.

ج ٢٦ / ٤٠٣

ودعوى: أنّ الذي يجبر هو المال الذي ربح، واضحة الفساد؛ ضرورة جبر المال الذي وقعت عليه المضاربة بربح أيّ جزء من مالها، من غير فرق بين ما ربح منه وما لا يربح، بل قد يعمل العامل ببعض دون بعض، كما أنّه قد يربح بعض دون آخر. وأخذ المالك لا يزيد على دفع العامل له بعنوان ردّ رأس المال له شيئاً فشيئاً.

وربّما يشهد لبعض ما ذكرنا: من[1] السيرة على تناول المالك والعامل من مال المضاربة ثمّ الحساب بعد ذلك، من دون أن يلحق ما عند المالك أو العامل من الخسارة أو غيرها، ولكن يحتسب ما عنده

---

(١) الأولى حذف هذه الكلمة أو إبدالها بالهاء.

من رأس ماله عليه ثمّ يقسّم الباقي إن كان، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

المسألة ﴿الخامسة عشرة﴾

﴿لا يجوز للمضارب﴾ أي العامل ﴿أن يشتري جاريةً يطأها وإن أذن له المالك﴾ بذلك، إلّا أن يستفاد منه التوكيل على التحليل أو العقد عليها بعد الشراء، بناءً على صحّة مثل هذا التوكيل، نحو الإذن في شراء عبدٍ له وعتقه عنه، أو دارٍ ووقفها ... وغيرهما.

﴿و﴾ لعلّ ذلك هو المراد ممّا ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن نهايته[1]: إنّه ﴿يجوز مع الإذن﴾ فلا يرد عليه حينئذٍ: «أنّ الإذن السابقة لا تثمر؛ لأنّ التحليل إمّا عقد أو تمليك، وكلاهما لا يقعان قبل الملك».

بل يمكن حمل الخبر ـ الذي ذكروه مستنداً للشيخ ـ على ما ذكرنا، وهو خبر الكاهلي عن أبي الحسن عليه السلام، قال: «قلت: رجل سألني أن أسألك أنّ رجلاً أعطاه مالاً مضاربةً، ليشتري له ما يرى من شيء، وقال له: اشتر جارية تكون معك، والجارية إنّما هي لصاحب المال، إن كان فيها وضيعة فعليه وإن كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال: نعم»[2].

---

(١) النهاية: باب الشركة والمضاربة ج ٢ ص ٢٤٢.

(٢) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٣١ ج ٧ ص ١٩١، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب المضاربة ح ١ ج ١٩ ص ٢٧.

فلا حاجة حينئذٍ إلى المناقشة[١] في سنده، مع أنّه من الموثّق ↑
ـ الذي هو حجّة عندنا ـ بعد انصراف «ابن زياد» في سنده إلى ج ٢٦ / ٤٠٤
«ابن أبي عمير» لغلبة التعبير به عنه.

ولا في متنه[٢]: بظهوره في كونِ الجارية من غير مال المضاربة ـ ولذا كان ربحها للمالك ووضيعتها عليه ـ وعدمِ الإذن فيه بالوطء.

لإمكان دفعها: بأنّه يدلّ على تأثير الإذن السابق على الشراء، ولا فرق بين مال المضاربة وغيره، وظهور «معك» في ذلك.

نعم، حمله على ما ذكرنا أولى من الجرأة به على مخالفة القواعد والضوابط، وخصوصاً بعد تفرّد الشيخ بالعمل به على الوجه المنسوب إليه.

هذا كلّه في الإذن السابقة.

﴿أمّا لو أحلّها﴾ له ﴿بعد شرائها﴾ ولم يكن ثَمَّ ربح فيها ﴿صحّ﴾ قطعاً مع القطع بعدم ربح فيها فعلاً؛ لإطلاق الأدلّة.

ولو كان فيها ربح بني على جواز تحليل أحد الشريكين للآخر. وقد ذكرناه في كتاب النكاح.

بل في الرياض هنا: «يشكل التحليل مع عدم القطع بعدم الربح، إن قلنا بالمنع في صورته؛ لاحتمال الشركة الموجبة للمنع في نفس الأمر،

---

(١) كما في غاية المراد: الإجارة / في المضاربة ج ٢ ص ٣٦٥، ومسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩٧.

(٢) ناقش في المتن في التنقيح الرائع: كتاب المضاربة ج ٢ ص ٢٢٦، ورياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٦٠.

فيجب الترك من باب المقدّمة ـ قال: ـ ويحتمل الجواز مطلقاً كما قالوه؛ لأصالة عدم حصول الظهور، ولا ريب أنّ الأحوط تركه»[١].

قلت: وإن كان الأقوى الجواز؛ لأصالة عدم الشركة.

المسألة ﴿السادسة عشرة﴾

﴿إذا مات وفي يده أموال مضاربة﴾ لمتعدّدين ﴿فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحقّ به﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿وإن جهل﴾ مال كلّ واحد منهم بخصوصه ﴿كانوا فيه سواء﴾ بمعنى: أنّه يقسّم بينهم على نسبة أموالهم، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء، كما سمعته في نظائره في كتاب الصلح.

هذا إذا كانت مجتمعة على حدة، أمّا إذا كانت مع ماله ففي المسالك: «إنّ الغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك؛ إن وسعت أموالهم أخذوها، وإلّا تحاصّوا»[٢].

قلت: الأصل في ذلك خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن عليّ عليهم السلام: «أنّه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة، قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أُسوة الغرماء»[٣].

---

(١) رياض المسائل: (انظره في الهامش السابق: ص ٣٦١).

(٢) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩٧.

(٣) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٣٧ ج ٧ ص ١٩٢. وسائل الشيعة: باب ١٣ من كتاب المضاربة ح ١ ج ١٩ ص ٢٩.

وفيما حضرني من نسخة الرياض شارحاً لمتن النافع: «ولو كان في يده أموال مضاربة لمتعدّدين، فمات وعُلم بقاؤها في تركته، فلو كان عيّنها لواحد منهم أو علمت منفردة بالقرائن المفيدة للعلم فلا بحث، وإلّا تحاصّ فيه ـ أي في المجتمع من أموال المضاربة ـ الغرماء وأرباب الأموال على نسبة أموالهم؛ للخبر ...»[1] إلى آخره. ↑ ج ٢٦ ص ٢٠٥

قلت: ليس في الخبر سوى أنّه إذا لم يذكر الميّت مال المضاربة المعلوم كونه في يده فربّ المال كباقي الغرماء، وهذا غير ما ذكره من تحاصّ الغرماء وأرباب الأموال في المال المعلوم كونه مال مضاربة لمتعدّدين، بل أقصاه يكون مشتركاً بينهم.

ثمّ قال متّصلاً بما سمعت: «هذا إذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حدة، وأمّا إذا كانت ممتزجة مع جملة ماله ـ مع العلم بكونه موجوداً ـ فالغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك؛ إن وسعت التركة أموالهم أخذوها، وإن قصرت تحاصّوا، كذا قيل».

«والوجه في حرمان الورثة ـ مع قصور التركة عن مالهم أو مساواتها له مع فرض وجود مال للمورّث ـ غير واضح، إلّا مع ثبوت موجب ضمان التلف من أموالهم من تعدٍّ أو تفريط؛ لثبوت أمانيّته وعدم ضمانه للتلف إلّا مع أحد الأمرين، كما مرّ».

«والاكتفاء في الضمان باحتمال أحدهما مدفوع بالأصل. وعموم:

---

(١) رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٦٢.

(على اليد ...)[١] مخصّص بما دلّ على أمانته».

«فالوجه: ضرْب الورثة مع الغرماء في التحاصّ، وأخذهم جميع ما لمورّثهم مع العلم بعدم تلف شيء منه، ومع احتماله يتحاصّون معهم بنسبة مالهم».

«ويمكن حمل كلام القائل عليه؛ بتعميم الغرماء في كلامه للورثة بضرب من التغليب».

«ولكن يشكل: بتوقّف ذلك على معرفة مقدار مال الميّت ومعلوميّة نسبته بالإضافة إلى أموالهم، ولو جهل أشكل الحكم في ضربهم معهم في التحاصّ»[٢].

قلت: يمكن أن يكون المستند في الأوّل ما سمعته من النصّ ـ المؤيّد بالفتوى ـ الذي قد تضمّن الحكم بكون ربّ المال غريماً مع العلم بكون مال المضاربة في التركة وعدم ذكر الميّت له بعينه.

وعلى كلّ حال، فهذا كلّه مع العلم بكون المال ﴿في﴾ التركة، وأمّا ↑ ج ٢٦
مع عدمه بـ ﴿أن جهل كونه﴾ أي ما في يد الميّت ﴿مضاربة﴾ ٤٠٦
لاحتمال التلف أو غيره ﴿قضي به ميراثاً﴾ عند المصنّف وثاني الشهيدين[٣] وسيّد الرياض[٤]؛ قضاءً لحكم اليد.

بل لا ضمان عليه للمضاربة؛ لأصالة البراءة، وكونه أمانة

---

(١) تقدّم في ص ٣٠٩.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٣٦٢ ـ ٣٦٣.

(٣) مسالك الأفهام: المضاربة / في اللواحق ج ٤ ص ٣٩٨.

(٤) رياض المسائل: كتاب المضاربة ج ٩ ص ٣٦٣.

لا يضمنها إلّا مع التعدّي أو التفريط ، ولم يثبتا . وأصالة بقاء المال لا يقتضي ثبوته في ذمّته مع كونه أمانة ، بل ولا في تركته . وعدم الوصيّة به أعمّ من اقتضاء الضمان ؛ إذ لعلّه تلف من غير تفريط .

لكن قد تقدّم في كتاب الرهن[1] ما يستفاد منه وجه الضمان ، أو الحكم بالبقاء في التركة ، وإن كان لا يخلو من صعوبة ، بل منع .

أمّا الأوّل فقد يقال : إنّ الأصل الضمان ؛ لعموم : «على اليد . . .»[2] ، وإنّما خرج الأمين الذي يدّعي التلف بغير تعدٍّ ولا تفريط ، أمّا مع عدم دعواه فتبقى قاعدة الضمان بحالها ، لا أقلّ من الشكّ في شمول أدلّة ↑ ج ٢٦ / ٤٠٧ الأمين لمثل هذا الفرد ، والأصل الضمان ، والله العالم .

---

(١) في ج ٢٦ ص ٣٣٣ .

(٢) تقدّم في ص ٣٠٩.

محتويات الكتاب

كتاب الحجر

في الحوالة

في الكفالة

كتاب الصلح

كتاب الشركة

كتاب المضاربة